شرح الجامع الصغير

(٣)

المملكة الأردنية الهاشمية
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(٢٤٤٨/ ٤/ ٢٠٢٤)

عنوان الكتاب: شرح الجامع الصغير.
تأليف: البزدوي، علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد (ت٤٨٢هـ).
تحقيق: حمزة، عبد الكريم عبد الله.
بيانات النشر: عمان: دار الرياحين للنشر والتوزيع، ٢٠٢٤م.
الوصف المادي (٦٥٥ صفحة) الجزء الثالث.
رقم التصنيف: ٢٧٠.
الواصفات: / الفقه الإسلامي/ / العبادات/ / المعاملات (فقه إسلامي) الأحكام الشرعية/ / الشريعة الإسلامية/ .
يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

الطبعة الأولى: ١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

9 789923 797969

دار الرياحين

عمان - الأردن
جـــــوال: 00962790474491
darlrayaheen.jo@gmail.com
بيروت - لبنان
هـاتـف وفـاكـس: 009611660162
جـــــوال: 009613602762
dar.alrayaheen@gmail.com

شرح الجامع الصغير

للإمام محمد بن الحسن الشيباني
المتوفى سنة ١٨٩هـ

تأليف
الإمام الحجة فخر الإسلام أبي الحسن
علي بن محمد الحسين البزدوي
المتوفى سنة ٤٨٢هـ

تحقيق وتعليق
عبد الكريم بن عبد الله حمزة الحنفي الشاذلي

قدم له
العلامة الشيخ عبد الهادي بن محمد الخرسة الدمشقي الأزهري

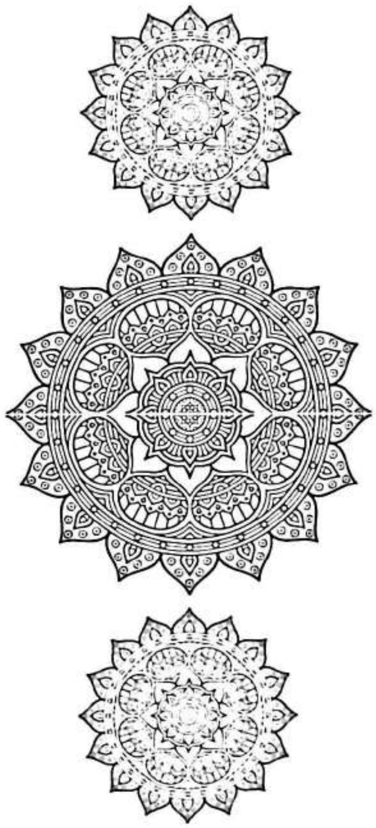
المجلد الثالث

مركز العلامة ساجقلي زادة

دار الرياحين للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

١٨- كِتَابُ القَضَاءِ



٨٠١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ فِي يَدِهِ الصَّبِي الصَّغِيرِ فَيَقُولُ الرَّجُلُ: هُوَ عَبْدِي فَيَشبُ الغُلَامُ فَيَقُولُ: أنا حرٌّ؛ قَالَ: هُوَ عبدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ. وإِنْ كَانَ يعبر عَنْ نَفْسِهِ أَوْ كَانَ كَبِيراً فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَإِنَّ القَوْلَ قولُهُ، أَمَّا الصَّغِير فَلَا عِبارَةَ لَهُ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الثَّوبِ أَوْ البَهِيمَةِ، فَالقَولُ فِيهِ قَوْلُ صَاحِبِ اليَدِ.

فَإِذَا كبر فادعى الحرية لَمْ ينقض الأمرَ الثابت ظاهراً بِغَيْرِ حجةٍ.

فأمَّا إِذَا كَانَ يُعبر عن نفسه فَهُوَ صحيحُ القول فِيمَا ينفعه مثل الْإِسْلَام وقبول الهبة، ودعواه الحرية ينفعه فقبلنا قولَهُ، وَكَذَلِكَ الكبير.

٨٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ فِي يَدِهِ العَبْد الكَبيرِ فيَقُولُ: أَنْتَ عَبْدِي، فَيَقُولُ العَبْدُ: لَا بَلْ أَنَا عَبْدُ فُلَانٍ لإِنْسَانٍ آخَرَ، فَيَقُولُ: ذَلِكَ الإِنْسَانُ هُوَ عَبْدِي؛ قَالَ: القَوْلُ قَوْلُ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ.

لِأَنَّ العَبْد مقرٌّ بالرق، ولكنَّه شاهدٌ برقبته لغير من هُوَ فِي يَدِهِ، ويد صاحب اليد لَا تُقطع إِلَّا بحجةٍ، وشهادة العَبْد باطلةٌ وَلَيْسَتْ بحجةٍ.

[بَابُ القَضَاءِ فِي الشَّهَادَةِ]

٨٠٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: إِذَا رَأَيْتُ شَيْئاً فِي يَدِكَ سِوى العَبْدِ وَالأَمَةِ وَسِعَنِي أَنْ أَشْهَدَ [أَنَّهُ][(١)] لَكَ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وأصل ذَلِكَ أَنَّ أقصى ما يُستدل بِهِ عَلَى المِلك قيام يد التصرف[(٢)] عَلَى الْمَال بلا منازعة، إذ لَيْسَ وراء ذَلِكَ دليلٌ يصح الاستدلالُ بِهِ، والحكم من القَاضِي واجبٌ بشهادة الشاهد لَا بدلالةِ التحمل، حَتَّى أَنَّ الشاهد يلزمه أن يطلق الشهادة مِنْ غَيْرِ نسبةٍ إِلَى سبب التحمل، فأَمَّا العَبْد والأمة فَلَا يصح مِنْهُمَا تحمل الشهادة بهذا الدليل، لِأَنَّ الحرَ قَدْ يخدم الحرَ طوعاً مِنْهُ كأَنَّه عبده، وَإِذا كَانَ هَذَا امراً معهوداً فِي الأحرار بطل الاستدلال بِهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهما مِن أَهْل البيان، وبيانهما بالإقرار بالرق أَوْ الانكار فَوْق هَذَا الدليل، فبطل العمل بالدليل عند الإفصاح.

٨٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شَاهِدَين شَهِدَا لِرَجُلٍ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَى إِلَيْهِ؛ قَالَ جَائِزٌ إِنْ ادَّعَى ذَلِكَ، وَإِنَ أَنْكَرَ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا، وَإِنَ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا وكَّلَهُ بِقَبْضِ دُيُونِهِ بِالْكُوفَةِ، كَانَ بَاطِلًا فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: اليد المتصرفة

هَـذَا جواب الاستحسـان، والقيـاس أن لَا تقبل فِـي الإيصـاء أَيْضَاً، وهذه مسائل: أحدها ما ذكرنا.

والثانية: إِذَا شَهِدَ الموصَى لَهُمَا بأنَّ الميت أوصى إِلَى هَذَا.

والثالثة: إِذَا شهد غريمان لَهُمَا: [بأنَّ][1] عَلَى الميت دينٌ بهذا.

والرابعة: أن يشهد غريمان [بأنَ][2] للميت عَلَيْهِما دينٌ بهذا.

وَقَـدْ ذكرنا ما زَادَ عَلَى هَذَا فِـي الجامع الكبير والوصايا، والجواب فِي ذَلِكَ [كلـه][3] أنَّ الوصيَّ إِنْ كَانَ يَدَّعِي الوصاية والموتُ معروفٌ قُبلت الشـهادة، فأمَّا إِذَا كَانَ يجحـد[4] والموتُ غير معـروفٍ لَمْ يقبل إِلَّا فِي يمين الميت عَلَيْهِما دينٌ، فإنَّ الشهادة تُقبل، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ الموت معروفاً.

وجه القياس: أنَّ هَذِهِ الشهادة قامت للشاهد أَوْ لأبيه فبطلت.

ووجه الاستحسـان: أنَّ القَاضِي يَمْلِك نصيب الْوَصِيّ إِذَا كَانَ طالباً والموتُ معروفـاً، فَلَا يثبت للقاضي بهذه الشـهادة ولايـةٌ لَمْ تكن، وَإِنَّمَا يسـقط عَنْهُ مؤنةُ التعيين، ومثاله: أنَّ القرعة لَيْسَـتْ بحجةٍ يجوز استعمالها فِي تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القَاضِي فصلُحت دافعةً لَا موجبةً، فَكَذَلِكَ هَذِهِ الشهادة تدفع عَنْهُ مؤنة التعييـن، فَصَـارَ بمعنى الخبـر، وَإِذا كَانَ غير طالب أَوْ الموتُ غيـر ظاهرٍ لَمْ يَكُنْ للقاضـي ولايةُ نصـبُ الْوَصِيّ إِلَّا بهذه البينة فتصير موجبـة، فيبطل لمعنى التهمة

(١) الإضافة مني

(٢) الإضافة مني

(٣) فِي ب

(٤) فِي ب: يجحدا

إِلَّا فِـي غَيْرِ يميـنٍ عَلَيْهِما دينٌ، لِأَنَّ اعترافهما عَلَى أنفسـهما جائزٌ بالموت، وَهَذَا بخلاف مسـألة التوكيل، لِأَنَّ القَاضِي لَا يَمْلِك إثبات التوكيل[1] عَلَى الغائب، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مالكاً فإنَّما ثبت ذَلِكَ بهذه الحجة، وهذه حجةٌ[2] فِيهَا تهمةٌ فبطلت.

٨٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يَكْتُبُ عَلَى نَفْسِـهِ ذكر الحَقِّ، فَكَتَبَ فِي أَسْـفَلِهِ إِنْ شَـاءَ اللهُ تَعَـالَى، أَوْ يَكْتُبُ الشِّرَاءَ فَيَكتُبُ فِي أَسْـفَلِهِ[3] [4]: فَمَـا أَدْرَكَ فُلَانَاً مِنْ دَرَكٍ فَعَـلَى [فُلَانٍ][5] خَلَاصهُ إِنْ شَـاءَ اللهُ؛ قَالَ: إِنْ شَـاءَ اللهُ تُبْطِلُ الدَّينَ وتُفْسِدُ الشِّرَاءَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: الشِّرَاءُ جَائِزٌ، والدَّينُ لَازِمٌ، وقولَهُ: إِنْ شَـاءَ اللهُ عَلَى مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الحَقِّ وَعَلَى الخَلَاصِ.

وجه قولَهُما: إنَّ الصك إِنَّمَا يكتب استيثاقاً وتوكيداً فَصَارَ ذَلِكَ دلالةُ صرف الاستثناء إِلَى ما يليه وقصره عَلَيْهِ.

ووجـه قول أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ: أَنَّ الصك متصلٌ بعضه ببعض فِي حكم الكتابة بِمَنْزِلَةِ شيءٍ وَاحِدٍ، والاستثناء مَتَى أُلحق بكلامٍ متصلٍ عمل فِي الكل، والجواب:

(١) فِي ب: نصب الوكيل

(٢) فِي ب: شهادة

(٣) فِي ب: آخره

(٤) فِي أ: إِنْ شَاءَ الله

(٥) فِي ب

أنَّ الصك للاستيثاق لَكِنَّهُ يصح مرةً، ويبطل أُخْرَى، وَلَا ضرورةَ فِي الاستثناء فوجب الاحتراز عَنْهُ.

٨٠٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مِائَةُ دِرْهَم لِرَجُلٍ، وَلَهُ عبدٌ يُسَاوِي مائةَ دِرْهَم، فَرَفَعَ الغَرِيمُ الوَصِيَّ إِلَى القَاضِي، فَأَمَرَهُ بِالْبَيْعِ لِلغَرِيمِ فِي دَيْنِهِ، فَيَبِيعُهُ بِمائَةِ دِرْهَمٍ، وَيَقْبِضُ الوَصِيُّ الثَّمَن، فَيَهْلِكُ ثُمَّ يُسْتَحقُ العَبْدُ مِنْ يَدِ الْمُشْتَرِي؛ قَالَ: يَرْجِع الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى الْوَصِيّ، وَيَرْجِعُ الوَصِيُّ عَلَى الغَرِيمِ.

[فإِنْ كَانَ الَّذِي بَاعَهُ أمينَ القَاضِي أَوْ القَاضِي، رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الغريم بالثمن، والوارثُ إِذَا بَاعَ بِمَنْزِلَةِ الغريم سواء، أَمَّا الوصيُّ فَإِنَّهُ قاعدٌ لحكم النيابة عن الميت، لِأَنَّ القَاضِي إِنَّمَا وصّاه عَلَيْهِ](١)، فإِنْ كَانَ كَذَلِكَ رجعت الحقوق، والعهدة عَلَيْهِ، وَأَمَّا أمين القَاضِي فَإِنَّهُ لَا عهدة عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ نائب القَاضِي، والقَاضِي فِيمَا يعمل بِمَنْزِلَةِ الرسول عندنا لَا عهدة عَلَيْهِ وَكَذَلِكَ أمينه، وَإِذا بطلت العهدة عن العاقد رجعت إِلَى من وقع العقد لَهُ، وَإِنَّمَا وقع العقدُ للغريم، وَلِذَلِكَ رَجَعَ الْوَصِيّ عَلَيْهِ أَيْضاً، وَكَذَلِكَ الوارثُ إِذَا احتاج إِلَى بيع شيءٍ من التركة وَهُوَ صغيرٌ فَبَاعَهُ الْوَصِيّ ثُمَّ استحق، رَجَعَ الْمُشْتَرِي بالثمن عَلَى الْوَصِيّ، والوصي عَلَى الوارث، وَلَوْ بَاعَهُ أمينُ القَاضِي رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الوارث إِنْ كَانَ لذلك أهلًا، أَوْ يُنصِّب القَاضِي عَنْهُ من يَقْضِي دينه.

---

(١) فِي ب

٨٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يقرُّ بِدَيْنٍ لِرَجُلٍ؛ قَالَ: يَحْبِسُهُ القَاضِي، ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ، فإِنْ كَانَ مُوسِرًا حَبِسَهُ حَتَّى يَقْضِيَهُ، وإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خَلَّى سَبِيلَهُ.

ومعنى المسـألة: إِذَا كَانَ جاحداً فَأَقَرَّ عنـد القَاضِي، وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته، أَوْ ظهر لَهُ مماطلته بعد ما أَقَرَّ عنده مرة، فحينئذٍ يحبســه، لِأَنَّ الحبس جزاءُ الظلم، وبالمطْل يصير ظالماً لقول النَّبي ﷺ: (مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ)(١).

وَإِنَّمَا يحبسه فِي كل دينٍ أصلُه مالٌ بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ غناه بعرضه ظهر للقاضي فيحبسه حَتَّى يثبت غيره، وَإِنَّمَا يحبسه شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَة، ثُمَّ يسأل عَنْهُ، لِأَنَّ الحبس لَا يصلح عقوبةً إِلَّا بالامتداد، فَإِذَا حبســه كَذَلِكَ سأل عَنْهُ، فإن شهد عنده شاهدان عدلان من أَهْل الشـهادة أَنَّهُ موسـرٌ قادرٌ عَلَى قضاء الدين أَبَّدَ حبســه لظلمه، وَإِنْ قَالَا: أَنَّهُ معسـرٌ ضيق الحال كثير العيال أطلقه، لقولَهُ تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وَلَمْ يمنع من الحيلولة(٢) والملازمة، لقول النبي ﷺ (إِنَّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدَ وَاللِّسَانَ)(٣)، وَلِأَنَّهُ ربما يصيب مَالاً، فَإِذَا لازمه وصل إِلَى حقه.

فأَمَّا كل دينٍ أصله لَيْسَ بمالٍ مثل المهر فَقَدْ ذكر فِي كِتَاب النكاح أَنَّهُ يُحبس أَيْضَـاً، لِأَنَّ العادة فِي النكاح أَنَّهُ لَا يقـوم بِهِ من لَا وفاءَ عنده بالمهر، وَلَا يُزوجُ إِلَّا

(١) متفق عَلَيْهِ رواه البخاري برقم/ ٢٢٧٠/، ومسلم برقم/ ٤٠٨٥/.

(٢) فِي أ: الخيار

(٣) رواه الدارقطني برقم/ ٤٥٥٣/.

أمثالــه، فَصَارَ ذَلِكَ اعترافاً بِهِ، فوجب حبســه، وصار القــولُ قولُ صاحب الدين، وَهَــذَا فِي المعجل، فأمَّــا إِذَا طلبت الْمَرْأَة المؤجل مِنْ الْمَهْــرِ بعد ما بنى بِهَا، فإنَّ القولَ قولُ الزَّوْج فِي عسرته، لِأَنَّهُ لَا دلالة ههنا عَلَى القدرة مِنْهُ عَلَى أدائه، فأمَّا فِي النفقة فإنَّ القول قول الزَّوْج فِي أَنَّهُ معسرٌ فِي تقدير النفقة.

وَإِذا رأى القَاضِي فِي أول الأمر أن يسأل فِي هَذَا كله قبل انقضاء مدة الحبس فَلَهُ ذَلِكَ، فإن وضح لَهُ العجز لَمْ يحبســه، إِلَى هَذَا أَشَــارَ فِي كِتَاب الْكَفَالَة، ودين الْكَفَالَة مثلُ المهر، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُختار للكفالة المليء فِي العادات، وَفِي النوادر خلافُ هَذَا فِي كل دينٍ أصلُه لَيْسَ بمالٍ.

ومسألة قضاء القَاضِي بالعقود والفسوخ هل ينفذ فِي الباطن إِذَا وقع خطأً قَدْ تقدمت [فِي النكاح][1].

٨٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَقَامَ البَيِّنَةَ إِنَّ هَذَا اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ؛ قَالَ: لَا أَقْبَلُ البَيِّنَةَ عَلَى اسْتِئجَارِ الشُّهُودِ.

وَإِنَّمَا وجب ذَلِكَ لِأَنَّ البينة إِنَّمَا تُقبل عَلَى ما يدخل تحت الحكم، وَفِي وسع القَاضِــي فِيهِ الإلزام، والجرح المجــرد لَا يدخل تحت الحكم، لِأَنَّ الجرح حرامٌ، إِلَّا أن يتضمن حقاً للشــرع لَا بُدَّ مِنْهُ أَوْ للعباد وَلَمْ يوجد، وَلَيْسَ فِي وسع القَاضِي فِيــهِ الإلــزام ولأنَّ المقضيَّ عَلَيْهِ يدفعــه بالتوبة، فإن اتصل بِهِ حكــمٌ صحَّ بأن قَالَ المدعى عَلَيْهِ: إني صالحتُ هؤلاء الشــهود بكذا مــن الْمَال ودفعته إليهم عَلَى أن

---

(١) فِي ب

لَا يشهدوا عليَّ بهذا الباطل[1]، فَإِذَا شهدوا فعَلَيْهِم أن يردوا عليَّ ما أخذوا، وأقام عَلَى ذَلِكَ بينةً قبل ذَلِكَ وبطلت شـهادتهم، لِأَنَّهُ ادَّعَى حقاً لَهُ فصح، وَلَوْ قَالَ: لَمْ أَسْلَمَ إليهم مال الصلح لَمْ يقبل.

وذكر الخصَّـاف فِي الجرح [المجـرد][2] أَنَّهُ مقبولٌ، ومعنـاه إِذَا كَانَ الَّذِي يشـهد بِهِ يصلح مزكياً، فيُجعل كشـاهد زكاه نفرٌ وجرحه نفرٌ، أَوْ يحمل عَلَى أَنَّهم شـهدوا بإقرار المدعـي بِذَلِكَ، وَذَلِكَ مقبولٌ، وجواب الْكِتَـاب ههنا، وَفِي كِتَاب التزكية وغير ذَلِكَ ما قلنا.

٨٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يُجِيزُ شَهَادَةَ العُمَّالِ.

وَهَـذَا مِنْ الخـواص، ومعناه العمـال الَّذِينَ كانوا أعوان السـلطان فِي ذَلِكَ العَصْـر، لِأَنَّ الصـلاح كَانَ غالبـاً عَلَيْهِـم، فأمَّا هـؤلاء الَّذِينَ فِي زماننـا فَلَا تُقبل شهادتهم لِأَنَّ الظلم غالبٌ فيهم.

٨١٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْـهَدُ فَلَا يَبْرَح مَكَانَهُ حَتَّى يَقُولَ: أُوهَمْتُ بَعْضَ شَـهَادَتِي؛ قَالَ: إِنْ كَانَ عَدْلاً أَجَازَ شَـهَادَتَهُ، وَإِنْ سَأَلَ عَنْهُ فَقِيلَ عَدْلٌ أَجَازَ شَهَادَتَهُ.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَـواصِّ، ومعنى قولَهُ: (أُوهمتُ) أخطأت بنسـيان ما كَانَ يحق

(١) فِي ب: عَلَى هَذَا الباطل

(٢) فِي ب

ذكـره، ويحتمل (أُوهمـتُ) بزيادة كَانَتْ باطلـةً، وَإِنَّمَا وجب القبول مِنْـهُ إِذَا كَانَ عـدلًا، لِأَنَّ العذر ظاهـرٌ وَهُوَ مهابة مجلس القَاضِي، وَلَـوْ رددنا ذَلِكَ لما صحت شـهادته أَبَدَاً، وَإِنَّمَا يُقبل ذَلِكَ إِذَا عرفه القَاضِـي عدلًا أَوْ عدله المزكون، فإِنْ كَانَ قَـامَ عن ذَلِكَ المجلـس ثُمَّ عاد لَمْ يُقبل، لِأَنَّ ذَلِكَ يوهـم الزيادة من قبل المدعي بتلبيـسٍ وخيانـةٍ، فوجب الاحتياط والرد، ولأَنَّ المجلـس إِذَا اتحد لحق الملحقُ بأصل شـهادته، هَذَا اذَا كَانَ موضع شـبهةٍ، فأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بإعادة الكلام أصلًا، مثلُ أن يدع لفظ الشـهادة أَوْ ما يجري مجرى ذَلِكَ، وَإِنَ قَامَ عن المجلس بعد أَنْ يَكُونَ عدلًا.

٨١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي قَوْلِ مَنْ رَأَى أَنْ يَسْـأَلَ عَنْ الشُّهُودِ أَنَّهُ لَا يُجْزِيهِ إِذَا قَالَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ: هُوَ عَدْلٌ حَتَّى يُسْأَلَ عَنْهُ.

وأصله أنَّ المسـألة عَـنْ الشُّـهُودِ واجبةٌ عند أَبِـي حَنِيفَـةَ ومحمَّد ﷺ حقاً للشـرع، وَأَمَّا عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فَلَا يجب إِلَّا أن يطعن الخصم، فتجب المسـألة حقاً للخصم عنده، فَإِذَا قَالَ المشـهود عَلَيْهِ إِنَّ الشـهود عـدولٌ، فَإِنْ قَالَ مع ذَلِكَ صدقوا فِي شـهادتهم فَقَدْ اعترف بالحق، وَإِنْ قَالَ: عدول لكنهم أخطاؤوا ونسـوا فهذا التعديل لَا يصح عند أَبِي يُوسُـفَ ومحمَّد ﷺ عَلَـى ما قَالَ فِي الْكِتَاب، لِأَنَّ مـن زَعْم المدعي وشـهوده أن المدعى عَلَيْهِ فِي الجحود ظالـمٌ كاذبٌ، فَلَا يصح تزكيته، فإِنْ كَانَ المدعَى عَلَيْهِ سـاكتاً وَهُوَ ممن يَرْجع إِلَيْهِ فِي تعديل الشـهود، فإِنْ كَانَ كَذَلِكَ صحَّ ذَلِكَ مِنْهُ، وكان كافياً عند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ يضم إِلَى ذَلِكَ آخرُ حَتَّى يتم التعديل.

٨١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ فِي يَدِهِ دَارٌ يَدَّعِيهَا آخَرُ، فَيَقُولُ: اشْتَرَيتُهَا مِنْ فُلَانٍ وَلِي عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةٌ؛ فَقَالَ الَّذِي هِيَ فِي يَدَيهِ: فُلَانٌ ذَلِكَ أَودَعَنِيهَا. فَلَا خُصومَةَ بَيْنَهُمَا.

لِأَنَّهُ قَدْ ثبت باتفاقهما أنَّ يده لَيْسَتْ بيد خصومة، لأنَّهما اتفقا أنَّ الدار قَدْ كَانَتْ فِي يَدِ فلان، ومن ضرورة ذَلِكَ وصولَهُا إِلَى يد المدعَى عَلَيْهِ بحق أَوْ بِغَيْرِ ذَلِكَ، وَقَدْ ذكر فِي كِتَاب الشهادات أنَّ المدعي لو قَالَ: اشتريتها من فلانٍ، وأمرني بالقبض مِنْكَ لَمْ تندفع الخصومة عن صاحب اليد بحالٍ، لِأَنَّ المدعي أقام نفسه مقام الغائب، وخصومة الغائب لَا تندفع فَكَذَلِكَ هَذَا.

٨١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي نَهْرٍ لِرَجُلٍ إِلَى جَانِبِهِ مُسَنَّاةٌ[1]، وَأَرْضٌ لِرَجُلٍ خَلْفَ المُسَنَّاة بِلِزْقِهَا لَيْسَ بَيْنَهُمَا شَيْءٌ، فَإِنْ ادَّعَى صَاحِبُ النَّهرِ المُسَنَّاةَ وَادَّعَاهَا صَاحِبُ الأَرْضِ أَيْضَاً، وَلَيْسَتْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ قَالَ: هِيَ لِصَاحِبِ الأَرْضِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفُرَهَا حَتَّى يَسِيلَ مَاءَ النَّهْرِ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: هِيَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ جَرِيُهَا لِمُلْقَى طِينِهِ وَغَيرِ ذَلِكَ.

ومن أصحابنا من قَالَ: أصل هَذِهِ المسألة من أحيا نهراً فِي أرض مَواتٍ هل يستحق لَهُ جريها، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لَا يستحقه، وقالا: يستحقه، وَقَالَ عامتهم:

---

(١) المسنّاة: سد يبنى لحجز ماء السيل أَوْ النّهر، فِيهِ مفاتيح للماء تفتح عَلَى قدر الحاجة.

بَـلْ الصواب أن يسـتحقه بِالْإِجْمَاعِ اسـتدلالًا بنص صاحب الشـرع فِي حريم[1] البئر، لعلة أَنَّهُ لَا يَسْتَغْنِي صاحب النَّهر عن حريمه، ومقدار ما يستحقه عند بعضهم مقـدار مسـاحة باطن النَّهر من كل جانبٍ، وعند بعضهـم نصفه من جانبٍ ونصفه من جانبٍ.

وَإِنَّمَا اختلفوا فِي موضع الاشـتباه، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الحريم موازياً للأرض لَا فاصل بينهما، وَأَنْ لَا يَكُون الحريم مشـغولًا بحق أحدهما، فأَمَّا إِذَا كَانَ مشـغولا بحق أحدهما فَهُوَ أحق لَهُ بِالْإِجْمَاعِ.

وجه قولَهُما: أنَّ الظاهر شاهد لصاحب النَّهر، لِأَنَّ النَّهر لَا ينتفع بِهِ إِلَّا بالحريم.

ووجه قول أَبِـي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ اتصال صاحب الأرض بظاهره أقوى، فَصَارَ أولى كما قلنا فِي رَجُلٍ استأجر دَاراً فاختلفا فِي خشبٍ فِيهَا، وَهُوَ آخر بابٍ مركب أَوْ خشـبٍ مركبٍ فِي السـقف، أنَّ القولَ قولُ رَبِّ الدار، وَكَذَلِكَ إِذَا اختلف اثْنَانِ فِـي حائط، ولأحدهما عَلَيْهِ اتصال تربيع أنـه أولى بِهِ من غيره، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الحريم أشبه بالأرض صورةً ومعنىً، أَمَّا الصورة فإنَّهما مستويان يوازي كل وَاحِدٍ مِنْهُمَـا صاحبـه، بخلاف النَّهر، وَأَمَّا المعنى فلأنَّ كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَا يصلح للغرس والزرع مثل صاحبه، والنَّهر لَا يصلح لَهُ.

فأمَّا حاجة صاحب النَّهر فمقضيةٌ، لِأَنَّ حاجته الأصليةَ إمسـاك الماء، وربُّ الأرض ممنوعٌ من بعض الحريم مراعاة لحق صاحب النَّهر، كصاحب العلو يفتقر إِلَى السـفل، ثُمَّ لَمْ يثبت لَهُ فِيهِ ملك لحاجـة وَإِنَ وَقَعَتْ المنازعة، وَلَا دلالةَ عَلَيْهِ إِلَّا الظاهـر، فأمَّا إلقاء الطين فَقَدْ قيل أَنَّهُ يلزمـه أن ينقله عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ

(١) فِي ب: حرم

بعضهم: بَلْ لَهُ أن يلقيه إِذَا لَمْ يفحش، وثمرة الاختلاف أن يغرس أحدهما، أنَّ رَبّ الأرض أحقُّ بالغرس، وَإِذا كَانَ عَلَيْهِ غرس وَلَمْ يعرف من غرس فإنَّ رَبّ الأرض أولى أَيْضَاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَلَهُ أن يزرع عنده أَيْضَاً، وَإِنَ أراد صاحب النَّهر أن يمر عَلَيْهِ قيل لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، والأشــبه أن لَا يمنع إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضررٌ، وقولَهُما فِي الْكِتَاب وغير ذَلِكَ عَلَى أنَّ لصاحب النَّهر أن يتعدى عن ذَلِكَ، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

[بَابُ القَضَاءِ فِي الْمَوَارِيثِ وَالقَضَايَا]

٨١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي نَصْرَانِيٍّ مَاتَ فَجَاءَتْ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً وَقَالَ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ موتِهِ، وَقَالَتْ الوَرَثَةُ: قَبْلَ مَوتِهِ، فَإِنَّ القَوْلَ قَوْلُ الوَرَثَةِ.

وَإِنَ كانوا يدعون فضل تاريخ فِيمَا هُوَ من الحوادث، وَذَلِكَ أَنَّ الظاهر للحال شاهدٌ لهم فوجب التمسك بِهِ فِي معرفة القَاضِي فِي حكم الدفع دون الإلزام.

كما فِي المستأجر وصاحب الطاحونة إِذَا اختلفا فِي جريان الماء وانقطاعه، أَنَّ القول قولُ من شهد لَهُ الحال، وَهَذَا بخلاف الْمُسْلِم يموت وَلَهُ امرأة نصرانية، فتقول وَهِيَ مسـلمةٌ يوم الخصومة أسـلمتُ قبل موته، وقالت الورثة بَلْ أسـلمتِ بعدَ موته، أَنَّ القولَ قولُ الورثة أَيْضاً، وَلَا يحكم الحال لِأَنَّ الحال ظاهرٌ فِي دلالته عَلَى الماضي، فَلَا يصح الاستدلال للإثبات، ويصح للدفع، والورثة هم الدافعون فِي المسألتين جَمِيْعَاً.

٨١٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شَـاهِدَينِ شَـهِدَا عَلَى شَـهَادَةِ شَـاهِدَينِ أَنَّ فُلَانَةَ بِنْت فُلَانٍ الفُلَانِيَةِ أَقَرَّتْ لِفُـلَانٍ بِكَذَا، وَقَالَا: إِنَّهُمَـا أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَـا بِعَيْنِهَا، وَجَاءَ بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: لَا نَدْرِي هِيَ هَذِهِ أَمْ

لَا؛ قَـالَ: يَقُولَ القَاضِي لِلمُدَّعِي هَاتِ شَـاهِدَينِ يَشْـهَدَانِ أَنَّ هَذِهِ فُلَانَةَ بِنْتِ فُلَانٍ الفُلَانِيَةِ، فَأُجِيزُ الشَّهَادَةَ.

وأصله أنَّ الشـهادة عَلَى الشـهادة لَا تصح فِيمَا يُنقل إِلَّا بالإشارة، والشهادة عَلَى الحاضر لَا تصح إِلَّا بالإشـارة، فَإِذَا ثبت لَهُمَا المعرفةُ بالشـهادة بالنسـبة لَمْ تصح الإشـارة، فَلَـمْ يُقبل لاحتمال أَنْ يَكُـونَ جاء بامرأة أُخْـرَى فوجب التوقف حَتَّى يشـهد شـاهدان بِعَيْنِهَا أَنَّها فلانة، وَذَلِكَ كالشـهود إِذَا تحملوا الشـهادة بِبَيْعِ المحدود بذكر الحدود مِـنْ غَيْرِ معرفة عينه أَنَّهُ إِذَا وَقَعَتْ الحاجة إِلَى الحكم قيل للمدعي هات شـاهدين يشـهدان أَنَّ هَذِهِ الأرض المحدودة بهذه الحدود فِي يَدِهِ هَذَا المدعَي عَلَيْهِ ليصح القضاء.

قَالَ: وكذا هَذَا فِي كِتَاب القَاضِي بولايته وأمانته ينفرد بالنقل.

قَـالَ: وَإِنْ قَـالَا فِي هذيـن البابين فلانة التميميـة لَمْ يجز حَتَّى ينسـباها إِلَى فخذهـا، لِأَنَّ بني تميم لَا يحصى عددهم، فيكثر الأعيان بهذه النسـبة فَلَا يحصل التعريـف بخلاف الفخـذ، وَكَذَلِكَ فِي بلادنا النسـبة إِلَى سَـمَرْقَنْدَ[1] وَبُخَارَى لا يصلح للتعريف لما قلنا.

(١) سـمرقند: من بلـدان ما وراء النهر المعروفـة وكانت قاعدة بلاد الصغد شـرقي بخارى، فتحها القائد الإسـلامي مسلم بن قتيبة الباهلي (٨٧هـ - ٧٠٥م)، ثم أَعَادَ فتحا سنة (٩٢هـ - ٧١٠م)، خربهـا المغول سـنة (٦١٦هـ -١٢١٩م) ثم جدد بناءهـا تيمورلنك واتخذها عاصمةً لَهُ وشـيد فِيهَا المسـاجد وأقام الربط وَمَا زال بعض ذَلِكَ قائمـا إِلَى يومنا. كَانَتْ أكبـر مركز لصناعة الورق (الكاغد) ومنها انتشـر فِي العالم الإسـلامي منذ القرن الثالث الهجري. وَهِيَ الْيَوْم تقع فِي (أوزبكسـتان)، وإنّ أغلب الشـعب فِي هَذِهِ المدينة يسـمون طاجيكيون ولغتهم هِيَ الطاجيكية، وتعتبر هَذِهِ المدينة هِيَ ثاني أكبر مدن البلاد؛ إنّ معنى كلمة سـمرقند هُوَ (قلعة الأرض) ولقد كَانَتْ للرحالـة العربي ابن بطوطة، وصف هَذِهِ =

٨١٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي دارٍ فِي يَدِ رَجُلٍ فِيهَا عَشْرَةُ أَبْيَاتٍ، وَفِي يَدِ آخر مِنْهَا بَيْتٌ؛ قَالَ: السَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ.

لِأَنَّ استعمال الساحة للأشغال وحط الأثقال، وَهُوَ كالطريق يستوي فِيهِ صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت.

٨١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي القَاضِي يُقْرِضُ أَمْوالَ اليَتَامَى؛ قَالَ: هَكَذَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَصْنَعَ وَيَكتُبَ بِهَا ذِكرَ الحُقُوقِ، وَإِنَ أَقْرَضَ الوَصِيُّ ضَمِنَ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَإِنَّمَا افترقا لِأَنَّ القرض لما كَانَ قطعي المِلك فِي العين تبدَّل فِي ذمة المفلس، لِأَنَّ الاستقراضَ فِي العادات ممن هُوَ فقيرٌ غير مليءٍ، وَلِهَذا حل محل الصدقة وزاد عَلَيْهَا فِي الثواب لزيادة الحاجة هنا كَانَ تبرعاً بِمَنْزِلَةِ العتق عَلَى مال فَلَمْ يملكه من لَا يَمْلِك التبرع وَهُوَ الْوَصِيّ.

= المدينة فِي إحدى رحلاته الَّتِي قَامَ بِهَا عبر العالم وعبر آسيا الوسطى؛ حيث قَالَ فِيهَا بأنها من المدن الكبيرة بَلْ وأكبرها، وتتمتع بجمالٍ تام، وأنّه قَدْ بناها أهلها عَلَى شاطئ لوادي القصارين، وبأنها تحوي العديد من القصور الكبيرة والعظيمة، وَقَدْ بهر بعمارتها ابن بطوطة حيث تغنى بهمة أهلها حينما شاهد عمارتها.

ينسب إليها كثيرٌ من العلماء منهم، أبو اللّيثِ نصرُ بنُ محمّدٍ السّمرقنديُّ الفقيه الحنفي صاحب كِتَاب الفتاوى وصاحب التفسير المعروف، والإمام الدارمي السمرقندي من أئمة الحديث وصاحب السنن.

فأمَّــا القَاضِــي فإنَّما صــحَّ ذَلِكَ مِنْــهُ، وصار مندوبــاً لِأَنَّ الدَّين الَّــذِي عَلَى المســتقرض بواســطة ولاية القَاضِي ببدل العيــن وزيــادة، لِأَنَّ القَاضِي يمكنه أن يطلــب لَهُ ملياً عَلَى خلاف العادة، والبدلُ مأمونُ التــوى عَلَى اعتبار علم القَاضِي وَهُوَ مضمونٌ فَوْق صيانة العين، فَلِذَلِكَ صَارَ القرض نظراً من القَاضِي وضرراً من الْوَصِيّ، وينبغي أَنْ يَكُونَ الأب مثلَ الْوَصِيّ ويكتب ذكر الحقوق تذكرةً وتأكيداً.

٨١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي شَاهِدَينِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ يُقْرِضُ أَلْفَ دِرْهَــمٍ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: قَدْ قَضَاهَا إِيَّاهُ، وَقَالَ الْمُدَّعِي: لَمْ يَقْضِنِي؛ قَــالَ: يَقْضِي القَاضِي عَلَيْــهِ بِالقَرْضِ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى القَــرْضِ، وَالَّذِي انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِهِ لَا عِبْرَةَ بِهِ لِشَطْرِ الحُجَّةِ.

وذَكَــرَ الطَّحَاوِيُّ عــن أصحابنا ﵏ أَنَّهُ لَا يقبل، لِأَنَّ الَّذِي شــهد بالقضاء لَمْ يشهد بمالٍ واجبٍ، والجواب: أنَّ القضاء لَمْ يثبت فبقي واجباً.

٨١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ شَهِدَ عَلَيْهِ شَاهِدٌ لِرَجُــلٍ بِأَلْفٍ، وَشَــاهِدٌ بِأَلْفٍ وَخَمسِــمائَةٍ، والَّذِي لَهُ الْمَال يَقُــولُ: لَمْ يَكُنْ لِي عَلَيْهِ إِلَّا الأَلْفُ. قَالَ: شَهَادَةُ الشَّاهِدِ بِأَلْفٍ وَخَمسمائَةٍ بَاطِلَةٌ.

لِأَنَّ المدعــي أكذبه فِي بعض ما شــهد بِهِ، وَلَوْ كَانَ قَــالَ المدعي أَنَّهُ صدق، ولكني استوفيت الخمسمائة أَوْ ابرأته لصحت الشهادة.

٨٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَا لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، والمُدَّعَى عَلَيْهِ يَقُولُ: ما كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ، ثُمَّ أَقَامَ المُدَّعَى عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّهُ قَضَاهُ إِيَّاهَا. قَالَ: أَقْبَلُ بَينَتَهُ، وَإِنْ قَالَ فِي الابْتِدَاءِ: ما كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلَا أَعْرِفُكَ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ بَيِّنَةٌ عَلَى القَضَاءِ.

وهذه ثَلَاثَة فصول:

[الْأَوَّل][1] أَمَّا إِذَا قَالَ فِي الابتداء لَيْسَ لك عليّ شيءٌ][2] ثُمَّ أقام البينة من بعدُ عَلَى القضاءِ أَوْ الإبراءِ فَلَا شك فِي قبوَلَهُا لوضوح التوفيق.

والثاني: أَنْ يَقُولَ: ما كَانَ لك عليَّ شيءٌ قطُ، ثُمَّ يقيم البينة عَلَى ما قلنا، وَذَلِكَ جائز مع قيام التناقض فِي الظاهر لاحتمال التوفيق، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ: (إِنَّك كنت آذيتني بهذه الدَّعْوَى مرة، فقضيته دفعاً للأذى)، وَقَدْ يُسمَّى قضاء.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يقال: (اقتضى) لحقٍ وباطلٍ؟ فأَمَّا إِذَا قَالَ: (لَا أعرفك) فإنَّ بينته لَا تقبل لِأَنَّهُ لَا يحتمل التوفيق، لِأَنَّهُ لَا قضاء بدون المعرفة، وَلِأَنَّهُ لو لَمْ يعرفه لما أمكنه دعوى القضاء فجاء التنافي، فبطلت البينة.

وذكر القُدوري[3] فِي هَذِهِ المسألة عن أصحابنا أنَّ بينة القضاء تقبل، لِأَنَّ

---

(١) الإضافة مني

(٢) فِي ب

(٣) القدوري (٣٦٢ – ٤٢٨هـ) بضم القاف والدال وسكون الواو وفى آخرها راء قَالَ السمعاني نسبة إِلَى بيع القدور، أحمد بن محمَد بن أحمد بن جعفر بن حمدان الإمام المشهور =

الرَّجُل قَدْ يَدَّعِي عَلَى رجلٍ محتجبٍ أَوْ امرأةٍ فيؤذيه بالشغب عَلَى باب داره، فيأمر بعض وكلائه أن يعطيه ما رضيه فيكون قَدْ قضاه وَهُوَ لَا يعلم بِهِ، ثُمَّ علم بِهِ مِنْ بَعْدِ.

٨٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شَـاهِدَينِ يُقِرَانِ أَنَّهُمَا شَهِدَا بِبَاطِلٍ وَزُورٍ؛ قَالَ: لَا أَضْرِبُهُمَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يُعَزِّرُهُمَا.

واحتجا بحديث عمر ﵁ أَنَّهُ ضرب شـاهد الزور وسـخم وجهه، وَلِأَنَّهُ من

= أبو الحسـن بن أبي بكر الفقيه البغداديّ المعروف بالقدوري صاحب المختصر المبارك، تكـرر ذكره فِي الهداية والخلاصة مولده سـنة اثنتين وسـتِينَ وثلاث مائـة، تفقه عَلَى أبي عبـد الله محمَد بن يحيى الجرجانيّ، تفقه عَلَيْـهِ الفقيه أبو نصر أحمد بن محمَد بن محمَد وشـرح مختصـره، وروى الحديث عن محمَد بن عليّ بن سـويد المـؤدب وعبيد الله بن محمَد الجوشـني روى عنهُ قاضي القضـاة أبو عبد الله الدَامغانـي والخطيب وقالَ كتبت عنهُ وكانَ صدوقا وَلَمْ يحدث إِلَا بِشَـيْءٍ يسـير وكانَ ممَن أنجب فِي الفقه لذكائه وانتهت إليهِ بالعراق رياسة أصحاب أَبِي حَنِيفَةَ وعظم عنده قدره وارتفع جاهه وكانَ حسن العبارة فِي النظر جزي اللِسـان مديما لتلاوة القُرْآن وقالَ السَـمعانيّ كانَ فقيها صدوقا صنف من الكتب المختصر المشهور فنفع الله بِهِ خلقا لَا يحصونَ وشرح مختصر الكرخي والتجريد فِي سـبعة أسفار مشتمل عَلَى مسـائل الخلاف بين أصحابنا وبين الشَافعي شرع فِي إملائهِ سـنة خمس وأربع مائة، وذكره أبو محمَـد القَاضِي فِي طبقات الفقهـاء فأثنى عَلَيْهِ، مات القدوريّ فِي يوم الأحد الخامس عشر من رجب سنة ثمان وعشرين وأربع مائة ودفن من يومه فِي دَارِهِ بقرب أبي خلف نقله الخطيب والسـمعاني وحكاهُ جماعة منهم ابن خلكان وزاد ثمَّ نقل إِلَى تربة فِي شـارع المنصورة ودفن هناكَ بجنـب أبي بكر الخوارزميّ الفقيه الحنفيّ. طبقات الحنفية والجواهر المضية ١٢/ ١٧٩

الكبائر الَّتِي يصل ضررها[1] بالمسلمين، وَلَا حدَّ فِيهِ، فَلَا بُدَّ من التعزير، ولأَبِي حَنِيفَةَ حديث شُريحٍ رضي الله عنه أَنَّهُ كَانَ يُشهر وَلَا يضرب، ولأنَّ التعزير واجب بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنَّمَا الشأن فِي بيانه، وَإِنَّمَا اختار أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله ما دون الضرب لاضطراب ثمرة التعزير وتفاوته، وَذَلِكَ أَنَّ التعزير للزجر، وَهَذَا يصلح زاجراً مِنْ وَجْهٍ، وَلَا يصلح مِنْ وَجْهٍ، لِأَنَّ أَهْل هَذِهِ المعصية صنفان:

صنفٌ منهم عَلَى قصد المباشرة، وصنفٌ منهم قَدْ باشروها، وَهَذَا الضرب يصلح زاجراً فِي حق من لَمْ يباشر وَلَا يَصلح فِي حق من قَدْ باشر لِأَنَّهُ يصدّه عن الرجوع، فيُتلف بِهِ أموال الناس، فَلَمْ يكن بدٌّ من التعزير اعتباراً للقسم الْأَوَّل، ووجب التخفيف اعتباراً بالقسم الثَّانِي بخلاف سائر الكبائر لِأَنَّهُ يتمحض فِيهَا جانب الزجر.

٨٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَدَّعِي فِي دَارِ رَجُلٍ دَعْوَى، فَيُنكِرُهُ، ثُمَّ يُصَالِحُهُ؛ قَالَ: جَائِزٌ.

وَهُوَ مذهب أصحابنا رحمهم الله، وَقَالَ الشافعي رحمه الله: الصلح باطل لقول عمر (الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً)[2]، وَقَدْ وجد

(١) فِي ب: زورها

(٢) هُوَ مرفوع إِلَى النبي ﷺ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، والحديث بتمامه: (الصّلح جائز بين المسلمينَ، إلّا صلحا حرّمَ حلالا أوْ أحلَّ حراما) رواه أبو داود برقم ٣٥٩٤/ ، وَلَمْ أجده موقوفاً عَلَى سيدنا عمر رضي الله عنه.

رواه البيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ١١١٣٢/ ، والحاكم فِي المستدرك برقم/ ٧٠٥٩/ وزاد الحاكم والمسلمون عَلَى شروطهم إِلَّا شرطا حرم حلالًا.

ذَلِـكَ ههنا، لِأَنَّ الصلح عقـد معاوضة فَلَا يَجُوزُ إِلَّا ببدليـن كالبيع، ولأصحابنا: قـول الله تَعَالَـى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ [النِّسَـاء: ١٢٨]، وَهَـذَا يدل عَلَـى أنَّ كل جنس الصلـح جائزٌ بين الْمُسْـلِمِينَ، ولأنَّ الصلح وقع بعد صحة الدَّعْوَى فوجب القول بصحتـه ما أمكن، كما قلنا فِـي صلح الفضولي المقرِّ بالحق، وَهَـذَا لِأَنَّ الدَّعْوَى تستحق الْيَمِين وسـماعَ الحجة، فَذَلِكَ دليلُ صحة الدَّعْوَى، وَإِذَا صحت الدَّعْوَى صَارَ التصالح عَنْهُ واجباً فِي زعم المدعي، وَفِي جانب المدعَى عَلَيْهِ هُوَ بذل الْمَال بإزاء ترك الحق، وَهُوَ الخصومة [واليمين][1]، والصلح يُحتمل لمثله كالصلح عن القصـاص فوجب القول بصحته كصلح الفضولي، فإنَّ [الْمَال][2] لَا يجب بقولَهُ، وَقَدْ صحَّ الصلح بناء عَلَى الدَّعْوَى.

٨٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شَـاهِدَينِ يَشْـهَدَانِ عَلَى شَـهَادَةِ الرَّجُلِ؛ قَالَ: لَا يَجُوزُ. إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَشْـهُودُ عَلَى شَهَادَتِهِ مَرِيضاً فِي المِصْرِ لَا يَسْتَطِيعُ إِتيَانَ القَاضِي، أَوْ يَكُونُ عَلَى مَسِيرَةِ ثَلَاثَة أَيَّامٍ وَلَيَاليهِنَّ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ: أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ السَّفَرَ شَرْطَاً لَكِنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ غَائِبَاً عَنْ المِصْرِ فِي مَسَـافَةٍ لَوْ غَدَا إِلَى القَاضِي لِلشَّهَادَةِ لَمْ يَستَطِعْ أَنْ يَبِيتَ بِأَهْلِهِ صَحَّ الإِشْهَادُ.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

وَإِنَّمَا شرطنا المرض أَوْ الغيبة فِيهِ لِأَنَّ فِي الشهادة عَلَى الشهادة معنى البدلية فتعلق بالعجز عن الأصل، إِلَّا أنَّ معنى البدلية قالوا: لَيْسَ بقوي، فإنَّ القَاضِي يَقْضِي بشاهد شهد أصلًا، وشهادة شاهدين عَلَى شهادة آخر، ولَا يَجُوزُ التكميل بالأصل والبدل كما فِي الوضوء والتَّيَمُّم والكفارات، ويجوز القضاء بِذَلِكَ مع القدرة عَلَى شهادة الأصول.

ولكن فِي الشهادة عَلَى الشهادة شبهةٌ زائدةٌ يمكن الاحتراز عَنْهَا، وَهُوَ احتمالُ الكذب فِي نفس الشهادة، فضلًا عَلَى الاحتمال فِي المشهود بِهِ فوجب الاحترازُ عَنْهُ إِلَّا عند العجز، أَمَّا العجزُ بالمرض فمعتبرٌ إِذَا كَانَ مرضاً يمنعه من الحضور، لِأَنَّ تكليف المريض باطلٌ، وتكليف القَاضِي أن يحضر المريض ممتنعٌ أَيْضاً.

وَأَمَّا الغَيبة فإنَّ القياس فِيهَا ما قَالَ فِي الْكِتَاب، لِأَنَّ المديد مِنْهُ لَا بُدَّ من أن يعتبر، والقصير لَا يعتبر، وأدنى ما يفصل [هُوَ][1] مدة السفر، ووجه ما روي عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ إحياء الحقوق واجبٌ ما أمكن، وَمَا يقول يوجب إحياء الحقوق، لِأَنَّ الشاهد يحتسب فَلَا يَجُوزُ أن يُكلف ما فِيهِ حرج، والظاهر أن لَا يتكلف أَيْضاً لذلك لإقامة الحسبة.

وَفِي البيتوتة بِغَيْرِ منزله حرجٌ عظيمٌ، وَهُوَ كالمضارب إِذَا خرج للمضاربة وجبت نفقته فِيهَا، وَذَلِكَ مقدرٌ بِمَا قلنا دون السفر، وَكَذَلِكَ امرأةٌ فارقت زوجها وبينهما أولاد صغار، فلها أن تخرج من قريةٍ إِلَى قريةٍ إِذَا كَانَتْ متقاربة وحدَّ ذَلِكَ ما قلنا، فَكَذَلِكَ هَذَا، وقول أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ هَذَا حسن.

---

(١) الإضافة مني

٨٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقُولُ أَشْهَدَنِي فُلَانٌ عَلَى نَفْسِهِ بِكَذَا وِكَذَا؛ قَالَ: لَا يَنْبَغِي لَنَا أَنْ نَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ حَتَّى يَقُولَ: اشْهَدُوا عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ.

وأصله: أنَّ الشهادة عَلَى الشهادة تحميلٌ وتوكيلٌ فَلَا يصح مِنْ غَيْرِ تحميل، [فإنَّ الحكم يضاف عَلَى الفروع، لكنَّ تحملهم إِنَّمَا يصح بعيان ما هُوَ حجة، والشهادة فِي غَيْرِ مجلس القَاضِي لَيْسَ بحجةٍ، فيجب النقل إِلَى مجلس القَاضِي ليصير حجة، فتبين أنَّ التحمل حصل بِمَا هُوَ حجة، ولما لَمْ يَكُنْ بدٌّ من النقل إِلَى مجلس القَاضِي لَمْ يَكُنْ بد من التحمل][1]، أَمَّا عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ لَيْسَ بحجةٍ، فيجب النقل[2] إِلَى مجلس القَاضِي، [وَأَمَّا عند محمَّد ﷺ فإنَّ الحكم يقع بشهادة الكل، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ بدٌّ من نقل الشهادة إِلَى مجلس القَاضِي][3]

وأصل هَذَا الاختلاف فِي الضمان عند الرجوع، لَا ضَمَانَ عَلَى الأصول عندهما، وعند محمَّد ﷺ يشتركون إن رجعوا جَمِيْعَاً.

٨٢٥- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي رَجُلٍ أشهد قوماً عَلَى شهادته فيسمع آخرون.

قَالَ: لَيْسَ يَنْبَغِي أن يشهدوا عَلَى شهادته بِذَلِكَ لما ذكرنا أنَّ التحميلَ شرطٌ،

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: نقل الشهادة

(٣) فِي ب

وَهُوَ بخلاف القَاضِي إِذَا شهد عَلَى قضيته، وسمع ذَلِكَ آخرون وسعهم أن يشهدوا، لِأَنَّ قضاءه حجةٌ بِمَنْزِلَةِ الإقرار والبيع وغير ذَلِكَ، فصح التحمل مِنْ غَيْرِ إِشهادٍ.

٨٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: يجبر ذُو الرَّحِمِ المحرمِ إِذَا كَانُوا وَرَثَةً عَلَى النَّفَقَةِ عَلَى قَدْرِ مواريثِهِم.

استحقاق النفقة فِي هَذَا على وجهين: وجه باسم الولاء[1] ومعناه.

والثاني: بصفة الإرث مع قيام المحرَمية بسبب الإرث، وَهَذَا عَلَى وجهين: وجهٌ من ذَلِكَ فِي الوالِدين والمولودين، والثاني: فِي غَيْرِهم.

أَمَّا الْأَوَّل: فمثل الْوَلَد تجب نفقته فِي صغره أَوْ عجزه عَلَى الوالد، وَهَذَا مِمَّا لَا يبتني عَلَى الإرث، لكن الأب يتفرد بِهِ، لقولَهُ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] يعني بِهِ الأب، والمراد من ذَلِكَ نفقةُ الصغر، وَقَدْ أُوجب عَلَيْهِ بِأَنَّهُ مولودٌ لَهُ، أي النسب أَيْضاً، وأنّه كالمالك لَهُ لَا يشاركه أحد فِي ذَلِكَ، وَهَذَا النَّص يقطع الشَّرِكَة أَيْضاً، [وَكَذَلِكَ الرَّجُل الفقير الزَمِنُ إِذَا كَانَ لَهُ ولدٌ موسر وأبٌ أَوْ جدٌ أَوْ أمٌ، فإن نفقته تجب عَلَى ولده، لَا يشاركه فِي ذَلِكَ أحد، لِأَنَّ الْوَلَد مخصوصٌ بالنسبة أَيْضاً][2]، وَأَنْ لَهُ تأويلًا فِي مَالِهِ.

وَأَمَّا القسم الثَّانِي: فإِنَّ النفقة فِي ذَلِكَ واجبةٌ أَيْضاً بِالْإِجْمَاعِ، لقول الله تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولأَنَّ صلة هَذِهِ القرابة فرضٌ لكنَّها تجب

---

(١) فِي الآباء والأجداد والجدات. حاشية أ

(٢) فِي ب

بصفة الميراث واعتباره لقول الله ﷻ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، حَتَّى إِنْ كَانَ للصغير أمٌّ وجدٌّ موسرين فإنَّ نفقته عَلَيْهما أثلاثاً كالميراث أَيْضاً، لقولَهُ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، فيجب الثلث عَلَى الأمِّ، والثلثان عَلَى الجدِّ، وَكَذَلِكَ سائر القرابات.

وقولَهُ: (إِذَا كَانَتْ ورثة) أي إِنَّمَا بنى عَلَى المواريث إِذَا كانوا كَذَلِكَ.

والقسم الثالث: مثل الأخ والأخت والعم وغيرهم، فإنَّ النفقة بينهم واجبةٌ عندنا أَيْضاً، وَقَالَ الشافعي ﷺ: غير واجبةٍ، فعلى قولَهُ لَا يستحق الصلة بهذه القرابة، وَكَذَلِكَ [قَالَ][1] لَا يعتقون فِي الملك، ويُقطعون بسبب السرقة بعضهم من بعضٍ، وَاحْتَجَّ: بأَنَّ القرابة إِذَا لَمْ توجب الصلة عند اختلاف الدين لَمْ تُوجب الصلة عند اتفاق الدين كقرابة بني الأعمام، وبخلاف المحرَمية فَإِنَّهَا واجبةٌ عند اختلاف الدين، وَإِنَّمَا وجبت بالنَّص.

وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ بقول الله تَعَالَى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ مِنْ غَيْرِ تفصيل، ولأنَّ هَذِهِ قرابة محرمةٌ للنكاح فتوجب النفقة، والعتق صلةٌ كقرابة الجد ودلالة وجوب الصلة تحريم النكاح بالنص عطفاً عَلَى الأمهات، وَذَلِكَ صلة بِالْإِجْمَاعِ فَكَذَلِكَ المعطوف وجوب صلة هَذِهِ القرابة بدلالة العموم والخصوص من الْكِتَابِ والسنة والعادة من الأمة لَا يخفى وأكثر من أن يحصى.

والمحرمية بالنَّص والإجماع ثابتةٌ مع اختلاف الدين، ولاتفاق الدين أثرٌ فِي تحقيق الصلة زائد، وَقَدْ وجدنا القطيعة بدوام مِلك الْيَمِين فَوْق القطيعة بمِلك النكاح، فعلقنا حرمة ذَلِكَ بأصل العلة مِنْ غَيْرِ وقفٍ عَلَى ماله أثرٌ فِي المزيد، وَأَمَّا

(١) فِي ب

حرمان النفقة فأدنى وجوه القطيعة فعلقنا حرمة ذَلِكَ بهذه العلة بصفة التأكيد، فَلَمْ يجب وصلها بالنفقة إِلَّا عند اتحاد الدين، وَذَلِكَ كالإرث ثبت صلةً عند اتحاد الدين وَكَذَلِكَ هَذَا.

٨٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَلَهُ فِي يَدِ الرَّجُلِ وَدِيعَةٌ أَلْفَ دِرْهَمٍ؛ فَيَقُولُ المُودِعُ: هَذَا ابْنُ الرَّجُلِ الَّذِي أَوْدَعَنِي لَا وَارِثَ لَهُ غَيرَهُ. فَلَا يَقْضِي القَاضِي بِأَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ الوَدِيعَةَ، [فَإِنْ][1] قَالَ لِآخَرَ: هَذَا ابْنُهُ أَيْضاً، وَقَالَ الْأَوَّلُ: لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيرِي، قَالَ: يَقْضِي القَاضِي لِلْأَوَّلِ بِالمَالِ.

هَذَا كله من الخواص.

ووجه ذَلِكَ: أنَّ المودَع أَقَرَّ أنَّ الْأَوَّل مَاتَ، وأنَّ هَذَا يخلفه ويحل محله، وكونه مودَعاً لَا يدفع خصومة الَّذِي أودعه، فَكَذَلِكَ لَا يدفع من حلَّ محله، بخلاف ما إِذَا أَقَرَّ أن هَذَا وكيله يقبض الوديعة فَإِنَّهُ لَا يُؤمر بالدفع [إِلَيْهِ][2]، لِأَنَّهُ معترفٌ بقيام المودَع وقيام حقه، فَلَا يَمْلِك التصرف إِلَيْهِ، وبخلاف المديون يقر بالوكيل أَنَّهُ يؤمر بقضائه، لِأَنَّهُ مقرٌّ عَلَى نفسه لتسليم عين ماله [إِلَيْهِ][3]، فَإِذَا صحَّ هَذَا فقول المودَع لآخر أَنَّهُ ابنه إبطال لما ثبت لِلْأَوَّلِ، وشهادة عَلَيْهِ بعد انقطاع يده عن الْمَال فَلَا يصح ويبقى لِلْأَوَّلِ.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

٨٢٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُدَّعَى عَلَيْهِ الْمَالُ فَيفْتَـدِيَ يَمينَهُ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَلَيْسَ لِلْمُدَّعِي أَنْ يَسْـتَحْلِفَ عَلَى تِلك الْيَمِين بَعْدَ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِنْ صَالحَهُ مِنْ يَمينِهِ عَلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمَ.

ويـروى ذَلِكَ عـن حذيفة وَهُوَ فِـي الحاصل صلح عن إنـكار، وظهر بِهِ أَنَّ الْمَال عوضٌ عن إسقاط الحق من جانب المدعَى عَلَيْهِ.

٨٢٩- مسألة

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي القَاضِي يَأْمُرُ رَجُلاً أن يَقْـضِي بَينَ اثْنَينِ؛ قَالَ: لَا أجيزه، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الخليفة ولى القَاضِي أن يولي القضاة.

لِأَنَّ القَاضِي جعله رسولًا عن جماعة لمسلمين.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا عهدة عَلَيْهِ؟ فإِنَّ الخليفة إِذَا هَلَكَ لَمْ ينعزل القضاة وَلَا سـائر خلفائـه، والوكيـل لَا يَمْلِك التوكيـل إِلَّا بإطلاق الموكل، فأمَّا بحـق الْوَكَالَة فَلَا، فالرسـول بِهِ أولى، فـإن ولاه الخليفة صحَّ وصار القَاضِي الثَّانِـي قاضياً من جهة الخليفـة لَا من جهة هَذَا القَاضِي، حَتَّى أَنَّ القَاضِـي لَا يَمْلِك عزله إِلَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ الخليفة: ولِّ من شـئت، واستبدل من شـئت، وَهُوَ كالوكيل لَا يوكل، فإن قيل لَهُ: اعْمَلْ فِيهِ برَأْيِك صـحَّ توكيله عَلَى الموكل، ويصير الثَّانِي وكيل الموكَّل، حَتَّى إِنَّ المـوكِّل لو مَاتَ انعزلا، وَلَوْ مَاتَ الْأَوَّل لَمْ ينعزل الثَّانِي، وَكَذَلِكَ إن عزله الْأَوَّل، وزاد فِي آخِرِ كِتَاب الصلح إِلَّا أن يجيزه القَاضِي الْأَوَّل فيجوز.

٨٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ فِي يَدَيهِ عَبْدٌ أَقَامَ رَجُلٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ عَبْدُهُ، غَصَبَهُ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيهِ، [وَأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ أَوْدَعَهُ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيهِ][1]؛ قَالَ: يَقْضِي بِهِ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ.

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أثبت الملك لِنَفْسِهِ، وأثبت أمراً بينه وبين ذي اليد يستحق بِهِ يده فاستويا.

٨٣١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شُهُودٍ شَهِدُوا أَنَّ هَذَا كَانَ فِي يَدِ فُلَانٍ مَاتَ وَهُوَ فِي يَدِهِ؛ أَجَازَ ذَلِكَ. وَإِنْ شَهِدُوا لِحَيٍّ أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ مُنْذُ شَهْرٍ أَوْ مُنْذُ سَنَةٍ كَانَ بَاطِلًا، وعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ أَجَازَ ذَلِكَ.

قَالَ: لِأَنَّ اليد حقٌّ مقصودٌ فيقبل البينة فِي ذَلِكَ عَلَى ما مَضَى كالملك، وكما فِي الشهادة إنَّ هَذَا كانَ فِي يَدِ فلانٍ يوم مَاتَ أَنَّهُ يصح، كما لو شهدوا أَنَّهُ كَانَ ملكاً لَهُ، وَلَوْ شهدوا عَلَى الإقرار بأن كَانَ فِي يَدِ فلان يوم مَاتَ أَنَّهُ يصح، تقبل [وَلَوْ شهدوا بِالْأَخْذِ][2] من المدعي، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ: أنَّ الشهادة قامت لمجهولٍ فبطلت، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ اليد للحال منقطعة، ويحتمل أَنَّها كَانَتْ يد ملكٍ، أَوْ يد وديعةٍ، أَوْ عاريةٍ، أَوْ إجارةٍ، أَوْ غير ذَلِكَ، فَلَا يصح إعارتها مع قيام الشك، فأمَّا المِلك فمعلومٌ غير مختلفٍ وَلَا مجهولٍ، وَلَهُذا صحَّ الإقرار بِذَلِكَ

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

لِأَنَّ الإقرار بالمجهول والشهادة عَلَى الإقرار بِهِ صحيحةٌ، واليد عند الموت وَاحِدَة لِأَنَّ اليـد وَإِنَ اختلفت فَإِنَّهَا تصير يد ملكٍ عند الموت بواسـطة الخلط والتجهيل فتصيـر معلومـة، وَأَمَّا الأخذ فموجبه معلومٌ وَهُوَ الرد كيـف ما كَانَ صاحب اليد، فوجب القبول.

٨٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مِيرَاثٍ قُسِمَ بَيْنَ الغُرَمَاءِ؛ قَـالَ: لَا آخُذُ مِنْ الغَرِيمِ كَفِيلاً، وَلَا مِنْ الـوَارِثِ كَفِيلاً، هَذَا شَيْءٌ احْتَاطَ بِهِ القَضَاءَ وَهُوَ ظُلْمٌ. وَقَدْ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ: يأخذ الكفيل.

وتفسـيره إِذَا ثبت الدين للغرماء، وقضى القَاضِي ديونهم، واحتمل أَنْ يَكُونَ عَلَى الميت دينٌ غيره، أَوْ قامت البينة عَلَى المواريث وَلَمْ يشـهد الشـهود أَنَّهم لَا يعلمـون لَهُ وارثاً غيـره، فإِنَّ القَاضِي يتأنى، فإن فعل فَلَـمْ يظهر وارث قَضَى، هل يأخذ كَفِيلاً أم لَا؟

وجـه قولَهُما: إنَّ هَذَا موضـع الاحتياط، فوجب التكفيل كمـا قلنا فِي أَخَذَ الآبق [أَوْ اللقطة][1] إِذَا سلمه إِلَى صاحبه، فإِنَّ القَاضِي يأخذ كَفِيلاً لما قلنا، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الموت إِنَّمَا يقع بغتةً، وَلَا يخلو الورثة والغرماء من غائبٍ فِي الغالب.

ولأَبِـي حَنِيفَـةَ ﷺ أَنَّ الْكَفَالَة وَقَعَتْ لمجهولٍ بعد ظهـور الحق، فَلَا يَجُوزُ تعطيـل الحـق بباطلٍ، وَذَلِـكَ أَنَّا لَا ندري هل لَـهُ وارثٌ غائـبٌ أَوْ غريمٌ، والظن والجهل لَا يصلح حجة.

(١) فِي ب

أَلَا تَرَى أَنَّ الدار إِذَا كَانَ لَهَا شفيعان فحضر أحدهما قَضَى القَاضِي لَهُ بالكل وَلَمْ ينتظر الغائب؟ فهذا أولى.

أَمَّا مسألة الابن[١] واللقطة فَإِنَّهُ قَالَ هناك فِي رواية: (وَلَا أحب أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلَاً) وَقَالَ فِي رواية: (أحب أَنْ يَأْخُذَ كَفِيلَاً مِنْهُ)، والصحيح أَنَّ الرواية الْأُولَى قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، ولأَنَّ الاحتياط ثَمَّ للقاضي.

فأَمَّا إِذَا سُلم إِلَى طالبه بعلامة اللقطة أَوْ بإقرار العَبْد أُخذ الكفيل باتفاق الروايات لِأَنَّ الحق لَيْسَ بثابت.

أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أن يمنعه؟ فصح تأخيره للتكفيل، وَذَلِكَ راجعٌ إِلَى صيانة القضاء أَيْضَاً، وقولَهُ: (وَهُوَ ظلمٌ) دليلٌ عَلَى أَنَّ المجتهد يخطئ ويصيب بَلْ هُوَ نصٌ عَلَى ذَلِكَ وثبت بِهِ أَنَّ أصحابنا المتقدمين براءٌ عن مذهب الاعتزال.

---

(١) فِي ب: الآبق

[بَابُ الاسْتِحْقَاقِ]

٨٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَطِئَهَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَداً، ثُمَّ استحقها رجل؛ قَالَ: يَغْرَمُ الأبُ لِلمَوْلَى قِيمَةَ الْوَلَد يَوْمَ تخاصم إِنْ جَاءَ وَالوَلَدُ حَيٌّ. وَإِنَ جَاءَ وَقَدْ مَاتَ الْوَلَدُ وَقَدْ تَرَكَ عَشْرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ فَلَا شَيْءَ عَلَى الأَبِ، وَإِنَ قُتِلَ الْوَلَدُ فَأَخَذَ الوَالِدُ الدِّيَةَ غَرِمَ قِيمَتَهُ لِلمُسْتحق.

أصل هَذَا: أنَّ ولد المغرور حرٌ بالقيمة، وَإِنَّمَا الغرور بأن يَشْتَرِي رجلٌ أمةً أَوْ يملكها بِشَيْءٍ من أسباب الملك ظاهراً فيستولدها ثُمَّ يستحق الْجَارِيَة أَوْ يتزوج امرأةً عَلَى أَنَّهَا حرةٌ ثُمَّ يظهر بالبينة أنها أمةٌ، فإنَّ الْوَلَد يكون حراً بقيمته، وَقَدْ روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما، عن عمر رضي الله عنه فِي النكاح، وعن علي رضي الله عنه فِي الشراء، وَذَلِكَ بمحضرٍ من عامة الصحابة رضي الله عنهم.

ولأنَّ المغرورَ بنى أمره عَلَى سببٍ ظاهرٍ صحيحٍ فِي الشرع فاستوجب النظرَ إذ لَيْسَ فِي وسعه الاحترازُ عن ذَلِكَ، والمستحق استوجب النظر فوجب الجمع بين حقيهما عَلَى قدر الإمكان، وَذَلِكَ أن يُحيَى حق المستحق فِي معنى المملوك، ويحيى حق المغرور فِي صورته، فيُجعل حراً من الأصل فِي حقه، وعبداً فِي حق المستحق يُتقوم بالمنع وقصر اليد، وَلِهَذا قلنا: تعتبر قيمة الْوَلَد يوم الخصومة،

[لِأَنَّهُ جَعَلَ عَبْدَاً فِي حق المستحق وصار المنع والقصر حاصلًا يوم الخصومة][1].

فمـن مَاتَ قبل ذَلِـكَ لَمْ يجب فِيهِ شـيءٌ، كولد المغصوبـة إِذَا هلكت عند الغاصب لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً.

فإن مَاتَ وخلَّف مَالاً كَانَ ذَلِكَ لأبيه، لِأَنَّهُ عُلق حراً فِي حقه فوجب الميراث لَهُ، وَلَا شيء عَلَيْهِ من قيمة الْوَلَد، لِأَنَّ الميراث لَيْسَ يُعوضُ الْوَلَد، فَلَمْ يصر الْوَلَد سالماً سلامة الميراث، فَلَمْ يغرم شَيْئاً.

وَأَمَّـا إِذَا قُتل الْوَلَد وجـب عَلَى القاتل ديته، لِأَنَّ الولدَ لمـا عُلق حراً إِلَّا فِي حـقِ النظر للمسـتحق اعتُبر حراً فِي عامةِ أحكامه، فوجبَ عَلَـى القاتلِ ديته، وَإِذا أَخَذَ الأبُ ديته فَقَدْ سَـلِمَ لَهُ الْوَلَد، فوجب عَلَيْهِ قيمته، لِأَنَّ الديةَ بدلٌ شرعيٌ كاملٌ شـرعاً، فَصَارَ الولدُ سالماً بسلامته، وبقدر ما يخرج من الدِّيَة سالماً لَهُ يغرم قيمته بحساب ذَلِكَ.

٨٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: لَكَ عَلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ الآخَرُ: لَا شَيءَ لِي عَلَيْكَ، ثُمَّ قَالَ مَكَانَهُ: بَلْ لِي عَلَيْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ عَلَيْهِ شَيءٌ.

لِأَنَّ الإقرار يتفرد بِهِ المقرُّ، وينفرد المقر لَهُ برده أَيْضاً، فَإِذَا ردّه ارتد، فَإِذَا عاد لَمْ يجب لَهُ شيء

---

(١) فِي ب

بخلاف الإقرار بِالْبَيْع أَوْ الشراء إِذَا رده المقر لَهُ ثُمَّ عاد إِلَى التصديق أَنَّهُ صحيحٌ، لِأَنَّ المقَرُّ بِهِ عقد لَا ينفرد بِهِ أحدهما، فَإِذَا رده لَمْ ينفسخ حَتَّى يساعده المقِرُّ، فَإِذَا رَجَعَ التصديق قُبل ذَلِكَ.

٨٣٥- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: اشتريتَ مِنِّي هَذِهِ الْجَارِيَة بِأَلْفِ دِرْهَم، فَأَنْكَرَ الآخَرُ، قَالَ: إِنْ أَجْمَعَ البَائِعُ عَلَى تَرْكِ خُصُومَتِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَفِي الجامع الكبير نظيره، وَهُوَ الردُّ بالعيب عَلَى بائعه، وَذَلِكَ بعد الْيَمِين أَيْضاً، ووجه ذَلِكَ: أَنَّ الْمُشْتَرِي لما جَحَدَ فَقَدْ جَعَلَ ذَلِكَ فسخاً فِي زعم المدعي.

أَلَا تَرَى أَنَّهما لو تجاحدا جَمِيْعاً جَعَلَ ذَلِكَ فسخاً؟ فَإِذَا عزم المدعي عَلَى أن لَا يُخاصمه فَقَدْ وجد مِنْهُ ما يدل عَلَى الفسخ إِذَا اتصل ذَلِكَ بفعله، وَهُوَ إمساك الْجَارِيَة ونقلها وَمَا أشبه ذَلِكَ فتم الفسخ.

أَلَا تَرَى أَنَّ من قَالَ لآخر: (أجرتك هَذِهِ الدَّابَّة يوماً بكذا لتركبها إِلَى مكان كذا) فأخذها المستأجر فذهب بِهَا أَوْ ركبها أَنَّ ذَلِكَ يكون قبولًا لما قلنا من الدلالة؟ فَكَذَلِكَ هَذَا، وَكَذَلِكَ يَكُونُ فِي البيع.

٨٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، رجلٌ اقْتَضَى مِنْ رَجُلٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ جَاءَ بَعْدُ فَزَعَمَ أَنَّها زُيوفٌ؛ قَالَ: يُصَدَّقُ.

الاقتضاء عبارةٌ عن القبض لما هُوَ جنس حقه، وقبضه لَا ينافي هَذِهِ الدَّعْوَى،

لِأَنَّ القبـض لَا اختصاص لَـهُ بالجياد، فَإِذَا لَمْ يناف الدَّعْوَى قُبِـل قولَهُ، لِأَنَّهُ يُنكر قبـض حقه، فأَمَّـا إِذَا زَادَ عَلَى الفعل إقراراً فَأَقَرَّ بقبض حقه أَوْ أَقَرَّ بقبض الجياد أَوْ بالاستيفاء فَقَدْ وجد ما ينقض دعواه فَلَا تُسمع، وَإِنَ أَقَرَّ بقبض الدَّرَاهِم صُدِّق فِي قولَهُ إِنَّها زيوفٌ أَوْ نبهرجةٌ، وَلَمْ يصدق لو قَالَ ستّوقةٌ.

❁ ❁ ❁

[بَابٌ مِنْ القَضَاءِ]

٨٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: مَا اخْتَلَفَ فِيهِ الفُقَهَاءُ، فَقَضَى بِهِ قَاضٍ، ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخر أَمْضَاهُ.

لِأَنَّ القضاء مَتَى حصل بدليل يلزمه العمل بِهِ شرعاً، وجبت صيانته.

لِأَنَّ القضاء حقُ الشرع، ومن صيانته أن يُلزِم فَلَا يُعترض عَلَيْهِ، وأصله ما رُوي أنَّ عمر ﷺ قَضَى فِي حادثة بقضيةٍ، ثُمَّ قَضَى فِيهَا بخلاف ذَلِكَ، فسئل عن ذَلِكَ فَقَالَ: تلك عَلَى ما قضينا، وهذه كما نقضي، وَهَذَا لِأَنَّ التكليف لَا يَكُون إِلَّا بِمَا فِي الوسع والعِلم عَلَى قدر طاقة العباد ووسعهم، ونفاذُ الحكم مطلقٌ عَلَى مقتضى كمالِ الشرع.

٨٣٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: مَالِي فِي المَسَاكِينِ صَدَقَةٌ؛ قَالَ: هَذَا عَلَى أَمْوالِ الزَّكَاةِ، وَلَوْ أَوصَى بِثُلُثِ مَالِهِ، فَهَذَا عَلَى كُلِّ شَيْءٍ.

والأول استحسانٌ، والقياس فيهما واحدٌ، لِأَنَّ الْمَال عامٌ.

ووجه الاستحسان: أنَّ إيجاب العَبْد فِي كل بابٍ معتبرٌ بإيجاب الله تَعَالَى،

وإيجـاب الله تَعَالَى الزَّكَاة [صـحَّ][1] فِي الأموال بقولَـهُ تَعَالَى: ﴿وَفِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقٞ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ﴾ [الذاريات: ١٩]، انصرف إِلَى الفضول مِنْهَا، فَكَذَلِكَ إيجاب العَبْد، وإيجـاب الله تَعَالَى فِي المواريث حملٌ عَلَـى كل مالٍ فِي قولَهُ تَعَالَى: ﴿وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ﴾ [النّسَـاء: ١٢]، فَكَذَلِكَ إيجابُ العَبْد بطريق الوصية، وهما سـواءٌ فِـي الحقيقة، لِأَنَّ إيجـاب الصدقة انصرف إِلَى الفضـول فِي حياته، والأمـوال كلها فضولٌ بعد وفاته، واختلف أَبُو يُوسُـفَ ومحمَّد ﷺ فِي الأراضي العُشـرية، فَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ: تدخل لِأَنَّهَا من أسباب الصدقة، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَا تدخـل، لِأَنَّهَا من أسـباب المؤنة مثلُ عبد الخدمة، وحاصـل ذَلِكَ أَنَّ جهة المؤنة غالبةٌ عند محمَّد ﷺ، وجهة الصدقة غالبةٌ عند أَبِي يُوسُفَ.

والاختـلاف فِي النـوادر والأرض الخراجية لَا تدخل بِالْإِجْمَـاعِ، وَلَوْ قَالَ: (جميع ما أملك صدقة فِي المساكين) ففيه روايتان:

فِـي روايـة الكتب: يتصـدق بجميع ماله، ويُمسـك قوته، فَإِذَا أصاب سـعةً تصدق بمثل ما أمسـك، وعن أَبِي يُوسُـفَ: إِنَّ هَذَا مثل الْأَوَّل، لِأَنَّ الْمَال والمِلك واحدٌ، ووجه ظاهر الرواية: أنَّ المِلك أعم.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ قَـدْ يَمْلِك غير الْمَال مثل القصـاص والنكاح والخمر؟ فوجب العمل بِهِ وَلَمْ يجز إلحاقه بالمال.

٨٣٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي شَـاهِدَين أَجْمَعَا عَلَى أَنَّهُ

(١) فِي ب

سَرَقَ بَقَرَةً، وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا؛ قَالَ: أُجِيزُ الشَّـهَادَةَ وَأُقْطَعُهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا نُجِيزُ الشَّـهَادَةَ وَلَا نَقْطَعُهُ، وَلَوْ شَـهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً، وَشَهِدَ الآخَرُ أَنَّهُ سَرَقَ ثَوْراً، فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيْعَاً.

وجـه قولَهُما: أنَّ هَذَا الاختلاف يمنع الحكم بالمال، فلأن يمنع الحد أولى، كالاختلاف فِي الجنس والمقدار.

وبيانـه: أنَّ الحد لو لَمْ يجب لَمْ يثبت بِشَـيْءٍ من الْمَال، والشـهادة بمثله فِي الغصب لَا تقبل.

ووجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّهمـا اختلفا فِيمَا لَمْ يُكلفا نقله، والتوفيق ممكنٌ فوجب القبول كما إِذَا اختلفا فِي ثياب السَّارِق، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ القَاضِي يكلفهما بيـانَ القيمة ليعلم هـل كَانَ نصاباً، فأمَّا اللون فَلَا، والتوفيق ممكـنٌ، لِأَنَّ البقرة قَدْ يجتمع فِيهَا لونان، فيكون أحد طرفيها أسود، والثاني أبيض، وَإِنَّمَا يقع التحمل فِي الليالـي من بعيد، فيصح التوفيق من هَذَا الوجـه، بِأَنْ يَكُونَ أحدهما من ناحيةٍ وقع طَرْفه عَلَى جانب وطرف الآخر من جانب، ولأنَّ الألوان تتشابه فِي ظلم الليالي، إِذَا كَانَ الناظر من بعيد، فيصح التوفيق، والطريق الأوّل إنَّمَا يستقيم فِي لونين يجتمعان عَلَى الاختلاف فِي طرفي الدَّابَّة كالسواد والبياض، فأمَّا فِي غَيْرِ ذَلِكَ فَلَا، والطريق الثَّانِي إنَّمَا يصح فِيمَا يتراءى بلون غيره مثل الحمرة تصرف إِلَى السواد، فأمَّا فِي غَيْرِ ذَلِـكَ فَلَا، وَلَا يلزم الذكورة والأنوثة، لِأَنَّ القيمـة تختلف بِذَلِكَ، فيكلفها القَاضِي بيانه، ولأنَّ التوفيق غير ممكنٍ من قبل أن شَيْئاً من صفات العين لَا يدل عَلَى ذَلِكَ، فَلَا يصح الاسـتدلال عَلَيْهِ من بعيـد، وَلَا يحل البيان، فالاشـتغال بالبيان دلَّ عَلَى القرب من ذَلِكَ عند التحمل وعند القرب لَا يشتبه، فَلَا يحتمل التوفيق.

٨٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ فَيُوصِي إِلَى رَجُلٍ فَيَبِيعُ الْوَصِيُّ شَيْئاً وَلَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَوْصَى إِلَيْهِ؛ قَالَ: بَيْعُهُ جَائِزٌ وَهُوَ وَصِيٌّ. وَقَالَ فِي الوَكِيلِ: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ وكيلٌ، وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَكُونَ نَهْيٌ عَنْ الْوَكَالَةِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ يَجْنِي بِجِنَايَةٍ فَيُخْبَرَ بِهِ الْمَوْلَى فَيَعْتِقُهُ، قَالَ: لَا يَكُونُ عِلماً حَتَّى يُخْبِرُهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ.

أَمَّا المسألة الأُولَى فمن الخواص، ووجه ذَلِكَ: أنَّ الإيصاء لَيْسَ بإثباتٍ لحق التصرف قصداً من قبل أنَّ الموت ينافي الأمرَ الثابت ويقطعه فَلَا يصح الإضافة إِلَيْهِ(١)، والإضافةُ من حال القدرة إِلَى حال العجز باطلةٌ، ولكنَّه إثبات خلافه للحال فصح مِنْ غَيْرِ علم كالإرث، فأمَّا التوكيل فإثبات تصرفٍ لَهُ مع قيام ولاية الموكَّل فتوقف عَلَى علمه كإثبات الأملاك قصداً، ومن أعلمه صحَّ، لِأَنَّ الإعلام بالوكالة إثباتُ حق للوكيل يستوثق فِيهِ إِنْ شَاءَ وَلَيْسَ فِيهِ إلزام، وَإِنَّمَا يجب الوقف فِيمَا كَانَ إلزاماً، فأمَّا فِي غَيْرِ الإلزام فَلَا يَنْبَغِي أن يشترط شروط الالتزام.

أَلَا تَرَى أَنَّ قول الصبي فِي الهدايا مقبولٌ لما قلنا؟

فأمَّا الخبر بالعزل فَلَا يصح حَتَّى يُخبر بِهِ شاهدان أَوْ رجلٌ عدلٌ فِي قول

---

(١) كمن أضاف العتق إِلَى حال انقطاع الملك، نحو قولَهُ: إن بعته فَهُوَ حُرٌّ، أَوْ أضاف إِلَى حال انقطاع الولاية نحو قولَهُ أنت حر مع موتي فَكَذَلِكَ هنا يَنْبَغِي أن لَا يصح، وإنّما جَازَ باعتبار أنّه إثبات خلافه للحال، والتصرف من ثمراته فَصَارَ كالإرث وَلَمْ يشترط العلم فِيهِ كَذَلِكَ ههنا. حاشية أ

أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندهما الوجهان سـواءٌ يقبل فِيهِ خبر العدل والفاسـق والمستور والعبد والحـر وغير ذَلِـكَ، وَكَذَلِكَ عَلَى الاختلاف مولى العَبْـد الجاني يُعتقه أَوْ يبيعـه بعدما أخبر بِهِ هـل يصير مختاراً، وَكَذَلِكَ الشـفيع إِذَا سـكت بعدما أُخبر، وَكَذَلِكَ البكر إِذَا سـكتت بعدما أُخبرت بإنكاح الولي، وَكَذَلِكَ الْمُسْلِم لَمْ يهاجر إلينا إِذَا أُخبر بالشرائع فعلى هَذِهِ الجملة وجه قولَهُما: إِنَّ هَذَا من جنسِ المعاملات فوجب أن لَا يتوقف عَلَى شرائط الشهادة كالخبر بالتوكيل.

وجـه قـول أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الخبر بهذه الأمور يشـبه التوكيـل مِنْ وَجْهٍ، لِأَنَّ المتصرف يتصرف فِي مِلْكِهِ، ويشـبه الإلزامات لما فِيهِ من ضررٍ يلزم الآخر، فوجب أن يشترط أحد وجهي الإلزام وَهُوَ العدد أَوْ العدالة توفيراً للأمرين حَتَّى لو كَانَ المخبـران عدلين أَوْ مسـتورين، وجب الحكم بالقبول، وخبر الواحد لَا يُقبل حَتَّى يظهر عدالته، وعندهما إِنَّمَا يلزم إِذَا كَانَ ظهر ذَلِكَ مِنْ بَعْدِ.

٨٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَسُـولِ القَاضِي الَّذِي يَسْـأَلُ عَنْ الشَّـاهِدِينَ إِنْ كَانَ واحداً؛ قَـالَ: إِنْ كَانَ عَدْلاً أَمْضَى شَـهَادَتَهُمَا بِقَولِ هَذَا الوَاحِدِ، وَالاثْنَانِ أَفْضَلُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا أُجِيزُ شَـهَادَتَهُ بِتَزْكِيَةِ رَجُلٍ حَتَّى يُخْـبِرَهُ بِذَلِكَ رَجُلَانِ. وَكَذَلِكَ الاخْتِلَافُ فِي الْمُتَرجِمِ عَنْ الشَّاهِدِ.

وَإِنَّمَـا أراد برسـول القَاضِي المزكـي، وَكَذَلِكَ الاختلاف فِي الرسـول إِلَى المزكي، ورسول المزكي.

وجه قول محمَّد ﷺ: إنَّ المزكي بمعنى الشـاهد، فوجب أَنْ يَكُونَ العدد فِيهِ شرطاً لازماً اعتباراً بأصله وَهُوَ الشهادة.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ هَذَا خبرٌ فَلَا يكون العدد فِيهِ شرطاً لازماً كسائر الأخبار اعتباراً بأصله.

ودلالة ذَلِكَ أَنَّ لفظ الشهادة لَيْسَ بشرطٍ وَلَا مجلسُ القَاضِي فَكَذَلِكَ العدد، وَهَذَا لِأَنَّ شرط العدد أمرٌ مؤكِد غير معقولٍ[1]، لِأَنَّ خبر الواحد والاثنين فِي العلم والعمل سـواءٌ، فَلَمْ يصح التعدية، وَهُوَ غير معقولٍ إِلَّا ما قَدْ ثبت مفارقته فِي باب الخصوص[2] بِالْإِجْمَاعِ.

٨٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الحَائِـطِ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ جُـذُوعٌ، وَلِآخَرٍ عَلَيْـهِ هَرَادِيٌّ؛ قَـالَ: الحَائِـطُ لِصَاحِبِ الجُذُوعِ، وَلَيْسَـتْ الهَرَادِيُّ بِشَيْءٍ.

وَإِنَّمَـا قلنـا هَذَا لِأَنَّ صاحب الجذوع مسـتعمِلٌ للحائط بِمَا وُضـع لَهُ، وَهُوَ الحمل بالجـذوع، فأمَّا صاحب الهـرادي[3] فصاحب تعلق لَا اسـتعمال لَهُ، لِأَنَّ

---

(١) أراد بِهِ أنَّ شـهادة الاثنين لَا تسـدّ باب الكذب فِي ذَلِكَ الخبر، ومن ذَلِكَ أن الحديث إِذَا رواه ثَلَاثَة أَوْ أربعة لَا يخرج من حيز الآحاد فيكون غير معقول. حاشية أ

(٢) نقول التزكية مفارقة للشـهادة فِـي الأوصاف الَّتِي هِيَ مخصوصة بالشـهادة مثل مجلس القَاضِي ولفظه أسـهل فَلَا يكون نظيرها مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ليثبت الحكم فِيهَا بالدلالة والقياس غير ممكن لِأَنَّهَا غير معقولة. حاشية أ

(٣) الهـرادي جمع هردية: قصبات تضم ملوية بطاقات من أقلام يرسـم عَلَيْهَا قضبان الكرم، وَفِي منهوات: الهردية بضم الهاء وسكون الراء وكسر الدال والياء المشددة.

الهـرادي لَيْسَـتْ بحمـل يُبنى لَهُ الحائـط، وصار ذَلِـكَ كدابة تنازع فِيهَـا رَجُلَانِ لِأَحَدِهِمَـا عَلَيْهِ حملٌ، ولآخر كوزٌ معلقٌ أَوْ مخـلاةٌ[١] معلقةٌ، إنَّ صاحب الحمل أولى، فَكَذَلِكَ هَذَا، وقولَهُ: (لَيْسَـتْ بِشَـيْءٍ) أي لَيْسَتْ بِشَيْءٍ معتبرٍ، دليلٌ عَلَى أَنَّهُ لو كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هرادي، ولَيْسَ عَلَيْهِ لِلآخرِ شـيء أَنَّهُ بينهما، وَلَا يختص بِهِ صاحب الهرادي، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ استعمالًا لَهُ وضعاً فَصَارَ معدوماً فِي الحكم بِمَنْزِلَةِ ما قلنا من تعليق الكوز والمخلاة من الدَّابَّة.

٨٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي زَائِفَةٍ مُسْتَطِيلَةٍ تَنْشَعِبُ مِنْهَا زَائِفَةٌ أُخْرَى مُسْتَطِيلَةٌ وَهِيَ غَيرُ نَافِذَةٍ، هَلْ لِرَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الزَّائِفَةِ الْأُولَى وَلَهُ فِيهَـا دَارَان تُفْتَحُ مِنْ حَائِطِهِ فِي الزَّائِفَةِ القُصْوَى بَابَاً. قَالَ: إِنْ كَانَتْ زَائِفَةً مُسْتَدِيرَةً قَدْ لَزِقَ طَرَفَاهَا كَانَ لَهُ أَنْ يفتحَ.

والفرق فِي الْمَسْأَلَةِ الأُولَى الزائفة القصوى منفردة لَيْسَ فِيهَا شركة لأصحاب الزائفـة العليا، فَـإِذَا أراد أن يفتح باباً فَقَدْ أراد أن يتخذ طريقـاً فِي مِلْكِ غيره فمُنِع من ذَلِكَ، فأمَّا الزائفة المسـتديرة فإنَّ صحنها مشـترك بينهم جَمِيْعَـاً، فَإِذَا فتح باباً فَلَمْ يُحدث لِنَفْسِـهِ حقاً لَمْ يَكُنْ، وَهَذَا يبطل قول من قَالَ من مشايخنا: أَنَّهُ لَا يمنع مـن فتـح الباب، وَإِنَّمَا يُمنع من المـرور، لِأَنَّهُ نصٌ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِـكَ، لِأَنَّهُ إِذَا فتح فَقَـدْ اتخذ طريقاً، وَهَـذَا إِذَا كَانَتْ تلك غير نافذة، فأمَّـا إِذَا كَانَتْ نافذة فَهِيَ لعامة الْمُسْـلِمِينَ فَلَا يُمنع من فتح الباب إليها، وَهَذَا إِذَا علم أَنَّهُ لَا يراد بفتح الباب إِلَى

(١) كيس يوضع فِيهِ العلف ويعلق فِي عنق الدَّابَّة.

السكة الَّتِي هِيَ غير نافذةٍ إِلَّا المرور، فيُمنع استحساناً، فأمَّا إِذَا كَانَ ذَلِكَ عَلَى وجهٍ يراد بِهِ الاستضاءةُ دون المرور لَمْ يمنع من ذَلِكَ، كذا ذكره الفقيه أبو جعفر، وَهَذَا الفصل من الخواص، وَفِي الشفعة ما يدل عَلَيْهِ وَهُوَ حكم الشفعة[1].

٨٤٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي دَارٍ فِي يَدِ رَجُلٍ أَقَامَ بَيِّنَـةً أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَهَا مِيرَاثاً بَيْنَهُ وَبَـينَ أَخِيهِ فُلَانٍ، لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُمَا؛ قَـالَ: يَقْضِي القَاضِي لَهُ بِنِصْفِهَا، وَيَـتْرُكُ النِّصْفَ البَاقِي فِي يَدَي الَّذِي فِي يَدَيهِ الدَّارُ، وَلَا يَسْـتَوثِقُ مِنْهُ[2]. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: إِذَا جَحَدَهَا أَخَذَهَا مِنْـهُ، وَيَجْعَلُهَا فِي يَدَي أَمِينٍ حَتَّى يَقْدُمَ الغَائِـبُ، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ جَحَدَهَا تَرَكَ النِّصْفَ فِي يَدَيهِ حَتَّى يَقدُمَ الآخَرُ.

ظاهر الجواب[3] فِي هَذِهِ المسـألة: أَنَّ القَاضِي إِذَا قَضَى للحاضر بالميراث لَـمْ يحتج الغائب إِذَا حضر أن يُعيد البينة، ولكنَّه يُسـلِّم إِلَيْـهِ النصف بتلك البينة، وبذلك القضاء، وروى الخصَّاف خلاف هَذَا[4].

---

(١) وتلك المسـألة أنَّ أَهْل القصوى لو باعوا دَاراً لَا شفعة لِأَهْلِ العليا فِيهَا، ولأهل القصوى الشـفعة فِي أَهْل العليا، فعلم أنَّ أَهْل القصوى يشـتركون فِي السكة العليا دون أَهْل العليا فِي القصوى. حاشية أ

(٢) كَفِيلاً. حاشية أ

(٣) الأصل فِيهِ أن أحد الورثة يتنصب خصماً عن الميت فِيمَا لَهُ وعَلَيْهِ وَلَا يتنصب فِيمَا بينهم. حاشية أ

(٤) أي يجب عَلَيْهِ أن يعيد البينة. حاشية أ

والصحيح ما ذكر فِي الظاهر لِأَنَّ الاستحقاق وقع للميت، وأحدُ الورثة يَنتصبُ خصماً عَنْهُ فِي ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ، لَكِنَّهُ فِي الاستيفاء يعمل لِنَفْسِهِ[1] فَلَا يُصلح خصماً، كما إِذَا قامت البينة بدين للميت.

وَإِذِا وجب القضاء بالكل وتسليم نصيب الحاضر إِلَيْهِ وجب تقرير نصيب الغائب فِي يَدِ صاحب اليد إن لَمْ يجحد بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ مؤتمنٌ عَلَيْهَا من جهة الميت ظاهراً، فَإِذَا لَمْ يجحد وجب تقريره.

فأمَّا إِذَا جَحَدَ وجب النزع والتعديل عندهما، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ فِي الأصل غاصباً فَقَدْ وجب الأخذ مِنْهُ، وإِنْ كَانَ أميناً فَقَدْ صَارَ متعدياً بالجحود، وصار ذَلِكَ كالعُروض، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ اليد الثانية لَا تُنتزع مِنْ غَيْرِ حجةٍ وَلَا ضرورةَ وَلَا حُجة، أَمَّا الحجة: فلأَنَّا إِنَّمَا حكمنا بالكل عَلَى أَنَّهُ للميت، وَقَدْ ثبت احتمال الائتمان من جهة الميت، فأمَّا أن يقع القضاء للوارث الغائب قصداً فَلَا، وَأَمَّا الضرورة[2]: فلأَنَّ العقار محفوظٌ بِنَفْسِهِ فَلَا حاجة إِلَى التكلف بخلاف العُروض لِأَنَّهَا محتاجةٌ إِلَى الحفظ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَصِيَّ يَمْلِكُ المبيع عَلَى الكبير الغائب فِي العروض دون العقار؟ وَكَذَلِكَ وصي الأم والأخ والعم يَمْلِكُ ذَلِكَ عَلَى الصَّغِير.

---

(١) حيث يصرف أولًا إِلَى حوائجه من التجهيز وقضاء الديون وتنفيذ الوصايا إِلَى الورثة فعلم أنه وقع للميت. حاشية أ

(٢) منفية أَيْضَاً، أَمَّا إِذَا مقراً فظاهر، وَأَمَّا إِذَا كَانَ جاحداً فلأن جحوده قَدْ بطل بقضاء القَاضِي، والعقار لَا يمكن تغييره، وَبِهِ ظهر الفرق بين المنقول وغيره. حاشية أ

٨٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي أَحَدِ الْمُتَفَاوِضَيْنِ إِذَا أَذِنَ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْـتَرِي جَارِيَةً فَيَطَأَهَا؛ قَالَ: هِيَ لَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ. وَقَالَ يعقوب ومحمَّد ﷺ: يَرْجِع عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَن.

وذكر فِي كِتَاب الشَّرِكَة مثل قولَهُما مِنْ غَيْرِ خلاف، وَإِنَّمَا ذكر قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِـي هَذَا الْكِتَاب خاصـة، واحتجا بأَنَّ العقد وقع لِلْمَأْمُـورِ، والثمن قضي من مال الشَّـرِكَة فيرجـع عَلَيْهِ صاحبه بنصـف الثَّمَن، كما إِذَا اشْـتَرَى أحدهما طَعَاماً رزقاً لأهله وقضى عَنْهُ من مال الشَّرِكَة، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ من ضرورة حِل الوطء اختصاصه بالملك، واختصاصه بِذَلِكَ يبتني عَلَى الاختصاص بسـببه، وسـببه هُوَ الَّذِي ذُكر صريحاً وَهُوَ الشراء، وَهَذَا لِأَنَّ الوطء من الحوائج الأصلية، إِلَّا أَنَّها لمَّا لَمْ تكن لازمة لَمْ يثبت الاسـتثناء بنفس العقد مِنْ غَيْرِ شـرط لأَنَّا لَا نعرف الحاجة وضعـاً، وَإِذا جاء الصريح أُلحق لحاجة الطعام، فأَمَّا أن يُجعل متبرعاً مِنْ غَيْرِ نصٍ عَلَيْهِ مع الاحتمال فَلَا.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الشراء وقع لعقد الشَّرِكَة، والثمن قضي من مال الشَّرِكَة فَلَا يثبت الرجوع كما قبل الإذن.

وَإِنَّمَا قلنا إِنَّ الشراء وقع لعقد الشَّرِكَة لِأَنَّ مطلق عقد الشَّرِكَة تناوَلَهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنَّمَا يتناوَلَهُ وَلَمْ يصر مستثنىً لقصور الحاجة وخصوصها، وَذَلِكَ باقٍ بعد الإذن، وَلَا يُغيّـر حكم العقـد[1] إِلَّا بالضرورة، وَلَا ضرورة هنـا، لِأَنَّ حِل الوطء يحصل

(١) وَذَلِـكَ إشـارةٌ إِلَى التناول وقصور الحاجة وتصريح الإذن لَـمْ تلتحق الحاجة القاصرة =

بعقـد الهبة، وَقَدْ جعلها لَهُ لمَّا أحل لَهُ الوطء، وَلَـمْ يذكر عوضاً فَكَانَ تمليكاً بِغَيْرِ عوض، والهبة جائزةٌ فِي الشـائع ممَّا لَا ينقسـم، فأمَّا الحاجـةُ إِلَى الطعام فحاجةٌ أصليةٌ لازمةٌ فأوجبتِ الاسـتثناء من الأصـل، والتخصيص بطريق الهبة باطلٌ لِأَنَّهُ منقسمٌ فَصَارَ العمل بعموم الْمُفَاوَضَة وموجبها ما أمكن أولى.

٨٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ أَوْدَعَ رَجُلاً أَلْفَ دِرْهَمٍ فَخَلَطَها بِأَلْفِ دِرْهَم أُخْرَى؛ قَالَ: الأَلْفُ دَيْنٌ عَلَى المُودَعِ، وَلَيْسَ لِصَاحِبِهَا الَّذِي أَوْدَعَهَا عَلَيْهِ سبيلٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يُشْرِكُهُ إِنْ شَاءَ.

هَذَا إِذَا خلط مِنْ غَيْرِ إذابة، فأمَّا إِذَا أذاب فَقَدْ روي [عن أَبِي يُوسُـفَ][1] أَنَّهُ جَعَلَ الأقل تابعاً للأكثر.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يشركه بِكُلِّ حَالٍ.

لِأَنَّ خلط الجنس بجنسه يوجب الكثرة لَا الاستهلاك عنده ﷺ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يوجب استهلاك الأقل بالأكثر.

وَكَذَلِكَ كل مائع خُلط بجنسه مثل الدُهن بالدهن من جنسه، فعلى الاختلاف عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ ينقطع حق المالك، وعند أَبِي يُوسُـفَ يُعتبر الأكثر، وَإِنَ استويا وجبت الشَّرِكَة، وعند محمَّد ﷺ تجب الشَّرِكَة بكل حال.

= بالحاجـة اللازمة، لِأَنَّهَا لـو كَانَتْ ملحقة صَارَتْ شـرى الجواري بِمَنْزِلَةِ شـرى الطعام، وَلَيْسَتْ كَذَلِكَ، فتبينت أَنَّ بالصريح لَمْ تلتحق الحاجة القاصرة بالكاملة كما قالا. حاشية أ

(١) فِي ب

وَإِنَ خُلط مائعٌ بخلاف جنسه مثل دهن السمسم بالزيت انقطع الحق بِالْإِجْمَاعِ، وجه قولَهُما: إنَّ طريق الوصول إِلَى عين الْمَال قائمٌ[1] مع ضربٍ من التعذر[2]، فوجب التخيير كما قلنا فِي خلط حنطة لَيْسَ فِيهَا حبات الشعير بالشعير أَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ الحق، لكن يوجب الخيار، كَذَلِكَ ذكره فِي كِتَاب الغصب والوديعة.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ القسمة فِيمَا يكال أَوْ يوزن إفرازٌ وتعيينٌ بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى ملك كل وَاحِدٍ من الشريكين أَنْ يَأْخُذَ حصته عيناً مِنْ غَيْرِ قضاءٍ وَلَا رضاءٍ، حَتَّى قلنا فِي الْمُشْتَرِيَيْن إِذَا اقتسما بَاعَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا نصيبه بِعَيْنِهِ مُرَابَحَةً بنصف الثَّمَن[3]، وَعَلَى هَذَا أصول أصحابنا[4].

ودليل الهلاك وَهُوَ الخلط لَا ينفك عن دليل الوصول فيُمنع بِهِ الإتلاف، لِأَنَّ المنع أسهل، وَإِنَّمَا خيرناه لِأَنَّ القسمة وإِنْ كَانَتْ إفرازاً مع ذَلِكَ عجزٌ مِنْ وَجْهٍ، لاحتمال المغايرة حقيقةً فخيرناه كما خيرناه فِي مسألة الشعير، لما فِيهِ من تعذر التمييز وتراخي الوصول إِلَى عين ماله، واستحسنا هَذَا لما فِيهِ من سد باب التعدي، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ الخلط فِيمَا لَا يحتمل التمييز استهلاكٌ، فيقطع [الحق][5] إِلَى ضمان المتلف كالخلط بخلاف الجنس من المائعات، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ الوصول إِلَى عين الْمَال متعذرٌ بيقين إذ لَا دلالة عَلَى ذَلِكَ.

فأمَّا القسمة بطريق الوصول بناءً عَلَى قيام الشَّرِكَة، فأمَّا بناءً عَلَى التعيين فَلَا،

---

(١) أي حكماً. حاشية أ

(٢) وَهُوَ عدم الوصول إِلَى عين حقه حقيقة. حاشية أ

(٣) وَلَوْ كَانَ مبادلة لما تمكن من البيع مُرَابَحَةً كما عرف فِي بيع المقايضة. حاشية أ

(٤) إنَّ القسمة فِي المكيلات والموزونات إفراز. حاشية أ

(٥) فِي ب

لِأَنَّ القسـمة طريقُ الانتفاع فَصَارَ مستحقاً بطريق الشَّرِكَة، وَلَيْسَ فِي الشَّرِكَة تعيينٌ بَلْ هُوَ إيهامٌ فَصَارَ التعيين حقاً مستحقاً بِهِ ابتداءً، فأمَّا أن يُدرك بِهِ تعينٌ قَدْ كَانَ فَلَا، فثبت أنَّ القسمة حكمٌ يبتني عَلَى الشَّرِكَة فَلَا يصلح علةً لوجوب الشَّرِكَة.

٨٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ حَبَسَهُ القَاضِي فِي دَيْـنٍ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ دَرَاهِمَ، وَلَهُ دَنَانِيرُ؛ قَـالَ: يَبِيعَهَا القَاضِي حَتَّى يُوفِّي صَاحِبَ الدَّيْنِ حَقَّهُ، وإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دينٌ وَلَهُ عُرُوضٌ لَمْ يَبعْهَا. وَقَالَ أَبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يَبِيعُهَا وَيَبِيعُ العُرُوضَ وَالعَقَارَ حَتَّى يُوفِّي الغَرِيمَ حَقَّهُ.

وأصل هَذِهِ المسألة أنَّ الحجر عَلَى الحر باطلٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ وزفر ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ومحمَّد والشافعي ﷺ: أَنَّهُ جائزٌ، واحتجوا بقول الله تَعَالَى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النِّسَـاء: ٥]، ولأنَّ النظر واجبٌ للمسلمين بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي الحجر [نـوع][1] نظر فوجب إقامته كما قلنا فِي منع الْمَال، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ حِبَّانَ بْنِ مُنْقِـذٍ الْأَنْصَـارِيَّ ﷺ كَانَ يُغبَن فِي البياعات فطلب أولياؤه من رسـول الله ﷺ أن يحجـر عَلَيْهِ فَأَبَى، وَقَالَ لَهُ: (إِذَا بَايَعْت فَقُـلْ: لَا خِلَابَةَ، وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلَاثَة أَيَّامٍ)[2]، وذكر أبو عيسى فِي كتابه الصحيح هَذَا الحديث، ولأنَّ النظر بعد حد البلوغ وتوجه الخطاب للسفيه لَا يجب إِلَّا بالنُصح والأمر بالمعروف، فأمَّا إبطال التصرف فَلَا.

أَلَا تَرَى أَنَّ الشرعَ لَمْ ينظر لَهُ بوضع الخطاب عَنْهُ أَوْ بوضع الحدود؟ بَلْ عمل

(١) فِي ب

(٢) تقدم بخريج الحديث.

بأهليته، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَأَمَّا منع الْمَال فمندوبٌ بهذه الدلالة، وَلِأَنَّهُ ثبت عقوبةً فَلَمْ يحتمل القياس، فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا من فروع هَذَا الأصل بيع مال المديون إِذَا امتنع من قضاء دينه، فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله: يبيع القَاضِي ماله العُروض والعقار جَمِيْعَاً لحق الغرماء، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: لَا يبيع شَيْئاً من ذَلِكَ، لَكِنَّهُ يأمره بِهِ، ويحبسه ليبيعه، فأمَّا أن يفعله بِنَفْسِهِ فَلَا.

وجه قولَهُما فِي هَذَا خاصة: أنَّ ولاية الجبر ثابتةٌ للقاضي، فَإِذَا امتنع الخصم والتصرف مِمَّا يحتمل النيابة وجب أن يثبت لَهُ حق النيابة كما فِي طلاق امرأة المجبوب والعنين، وكما فِي بيع العَبْد المأذون المديون وبيع مكاسبه، ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ البيع لَمْ يتعين حقاً للمديون فَلَيْسَ للقاضي فِيهِ حقُّ النيابة عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ حق الغريم فِي قضاء الدين، وَلَيْسَ من ضرورته بيع الأعيان الَّتِي يُعد بيعها ضرراً لَا محالة، بَلْ يمكنه أن يستقرض فيؤدي.

فَإِذَا لَمْ يتعين[1] لَمْ يحتمل بخلاف الطلاق، وَإِنَّمَا نظيره الطلاق الثَّلَاث، فإِنَّ القَاضِي لَا يفعل ذَلِكَ فِي امرأة العنين والمجبوب، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَلَهُذا صحَّ بيع المديون ماله مع إكراه القَاضِي بالحبس، لِأَنَّ القَاضِي لَمْ يكرهه عَلَى البيع[2]، وَإِنَّمَا حبسه لقضاء الدَّين، فَصَارَ ذَلِكَ نظير من صادره السلطان الظالم وَلَمْ يعين عَلَيْهِ بيع ماله أَنَّهُ إِذَا بَاعَ ماله صحَّ، فَكَذَلِكَ هَذَا، فإِنْ كَانَ ماله دَنَانِير وعَلَيْهِ دَرَاهِمَ،

---

(١) فَلَا يكون للقاضي ولاية التعيين بدليل أن القَاضِي لَا يزوج المديونة لقضاء دينها من مهرها وَلَا يؤاجر المديون لأن التزويج والإجارة لَمْ يتعين طريقا للقضاء.

(٢) وَلَوْ كَانَ للقاضي ولاية البيع لكان مكرهاً عَلَى البيع فكام من حقه فساد البيع، ولما صَارَ البيع صحيحاً ثبت أنه أجبره عَلَى القضاء. حاشية أ

أَوْ دَرَاهِـمَ وعَلَيْهِ دَنَانِير فإنَّ قياس قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ لَا يصرفها القَاضِي، وَفِي الاستحسان يصرفها.

وجه القياس: أنَّ الصرفَ بيعٌ فيكون حجراً، ووجه الاستحسان: أَنَّ الدَّرَاهِم وَالدَّنَانِيـر فِي حكم الثمنية وقضاء الديون وَمَا يجري مجراه بِمَنْزِلَةِ جنسٍ وَاحِدٍ لَا تختلـف ماليتها، فَصَـارَ صرف البعض بالبعض من باب الإيفـاء فصح، وَلَمْ يُعتبر جبراً وحجراً مقصوداً، كما قلنا فِي أَخَذَ جنس الحق أَنَّ القَاضِي يأخذه ويدفع إِلَى صاحـب الحق إعانةً لَا حجـراً، حَتَّى أَنَّ صاحب الدين لو فعله صـحَّ[1]، وَهُوَ لَا يَمْلِك الحجر بِالْإِجْمَاعِ.

وَأَمَّـا البيع فِي العُـروض والعقار فأمرٌ زائـدٌ عَلَى القضاء، لِأَنَّـهُ مالٌ يُقتنى، وبيعه يُعدّ ضرراً، فَلَمْ يكن من باب الاستيفاء، فأمَّا صرفُ البعض بالبعض فَلَا يُعدّ ضـرراً، وَإِنَّمَا هُوَ محـضُ القضاء، وَلَيْسَ هَذَا كبيع العَبْد المديون ومكاسـبه، لِأَنَّ رضاء الْمَوْلَى قَدْ سبق هناك بالإذن[2] فسقط عَنْهُ معنى الضرر.

٨٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ مَاتَ وَجَاءَ وَارِثُهُ وَأَقَـامَ البَيِّنَةَ أَنَّ هَـذِهِ الدَّارُ الَّتِي فِي يَدِ هَـذَا كَانَتْ لِأَبِي، أَعَارَهَـا[3] هَذَا الَّذِي

---

(١) ذكر العتابي فِي شرحه قَالَ: رأيت فِي موضع أنه إِذَا كَانَ لَهُ عَلَى رجل دَرَاهِمَ فظفر بدنانيره لَهُ أن يأخذ بمقداره لَكِنَّهُ بخلاف الظاهر. حاشية أ

(٢) لأنـه لما أذن لَهُ مع علمـه أن ديون تتعلق برقبته، والناس يبايعونـه معتمداً عَلَى رقبته كام راضياً ببيعه. حاشية أ

(٣) من ج وفي (أ) و (ب) أعادها

فِي يَـدِهِ، أَوْ قَـالَ: أَوْدَعَهَا أَوْ آجَرَهَا؛ قَـالَ: جَائِزٌ. وَلَا أُكَلِّفُهُ أَنَّـهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثـاً[1] لِأَنَّ مِلكَ المورِّثِ قَدْ ثَبَتَ، وَذَلِكَ لَا يَكْفِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله حَتَّى يَثْبُتَ الانْتِقَالُ، وعند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: هُوَ كَافٍ.

لِأَنَّـهُ ملك الوارث هُـوَ ملكُ المورث، فصارتِ الشـهادة بأنَّهـا كَانَتْ ملكاً للمورث بِمَنْزِلَةِ الشـهادة للحي بأنَّها كَانَـتْ لَهُ، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله أنَّ مِلك الوارث فِي حق الغير متجددٌ[2].

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو كَانَتْ صدقةً تحل ويجب الاستبراء؟ وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ بدّ من أن يصير مذكوراً، وَإِذا ثبت هَذَا فَلَا شبهة فِي المسألة عند أَبِي يُوسُفَ، وعندهما: وجـب القبول لِأَنَّ الإعارة والإجارة والإيداع إثبات اليد[3] من جهة صاحب اليد[4] فيصير ذَلِكَ إثباتاً ليد الميت عند الموت، وَذَلِكَ كافٍ للنقل، ويصير المشـهود عَلَيْهِ مقراً بالملك للميت عند الموت أَيْضاً بحكم هَذَا العقد، فَلِذَلِكَ استغنى عن ذكره.

٨٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ ادَّعَى دَاراً فِي يَدِ

---

(١) وَلَوْ لَمْ يدع الإعادة وَقَالَ إنها كَانَتْ لأبي فعند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله جائز، وَلَا يكلف عَلَى إقامة البينـة عَلَى حق الميراث، وعند أَبِـي حَنِيفَةَ ومحمّد رحمهما الله بهذا المقدار لَا يثبت الميراث لما ذكر فِي المتن وَهُوَ نكتة هَذِهِ المسألة عَنْهُ أن صاحب الْكِتَاب لَمْ يصرح المسألة. حاشية أ

(٢) الوارث لَيْسَ بخليفة مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، بَلْ هُوَ خليفة فِي حق بعض الأحكام، ومالك جديد فِي حق البعض. حاشية أ

(٣) فِي ب: لليد

(٤) فِي ب: المالك

رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ وَسَلَّمَهَا فِي وَقْتٍ، ثُمَّ جَاءَ بِالبَيِّنَةِ عَلَى الشِّرَاءِ فِي وَقْتٍ قَبْلَهُ لَمْ تُقبل البينةُ.

لِأَنَّهُ أمرٌ متناقضٌ، لِأَنَّهُ مَتَى جَحَدَ الهبة فاحتاج إِلَى الشراء كَانَ الشراء لاحقاً عَلَى هَذَا التوفيق، فأمَّا سابقاً فَلَا، فالذي هُوَ ناسخٌ قَدْ أعرض عَنْهُ، والذي ادَّعَاهُ فَهُوَ منسوخٌ فَصَارَ باطلًا.

٨٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ أن يُلقِّنَ الشَّاهِدُ.

وتفسيره أَنْ يَقُولَ [لَهُ](١) القَاضِي أتشهد بكذا وكذا، وَهُوَ جواب القياس، واستحسن أَبُو يُوسُفَ فَقَالَ: لَا بَأسَ بِهِ فِي غَيْرِ موضع التهمة، وجه القياس: أنَّ أعانة أحد الخصمين حرامٌ عَلَى القَاضِي بِمَا هُوَ دون التلقين، فلأن يحرم التلقين أولى، وابتُلي أَبُو يُوسُفَ بالقضاء فاستحسن، ووجهه: أنَّ القضاء إِنَّمَا شرع لإحياء الحقوق، وتلقين من حضر عن البيان، بمهابة المجلس من باب الإحياء فلزمه ذَلِكَ كالإشخاص والتكفيل وَمَا يجري مجرى ذَلِكَ، وَهَذَا أحق لِأَنَّ العجز إِذَا كَانَ مهابةَ المجلس كَانَ مضافاً إِلَى القَاضِي فعَلَيْهِ جبره، فَلَمْ يكن ذَلِكَ من جنس الإعانة، فإِنْ كَانَ متهماً كَانَ تلقينه إعادةٌ وظلمٌ فبطل.

٨٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ زَعَمَ أَنَّ فُلَانَاً وَكَّلَهُ

---

(١) فِي ب

بِقَبْضِ مَالَهُ الَّذِي عَلَيْهِ فَصَدَّقَهُ الغَرِيمُ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ دَفْعَ الْمَال إِلَيْهِ. وَإِنْ دَفَعَ إِليهِ فَضَاعَ ثُمَّ جَاءَ الَّذِي لَهُ الْمَال فَأَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ وَكَّلَهُ بِأَخْذِ الْمَال مِنْ الَّذِي عَلَيْهِ، لَمْ يَرْجِع عَلَى الوَكِيلِ بِشَيْءٍ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَال صَدَّقَهُ وَدَفَعَ إِلَيْهِ وَضَمَّنَهُ إِيَّاهُ فَأَنكَرَ الَّذِي لَهُ الْمَال وَأَخَذَهُ مِنْ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَال، ضمَّن الَّذِي عَلَيْهِ الْمَال الوكيل، لِأَنَّهُ ضمنه، وَلَوْ أَنَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَال لَمْ يصدقه أَنَّهُ وكيلٌ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ الْمَال عَلَى ادِّعَائِهِ أَنَّهُ وكيل لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ، فَإِنْ أَنْكَرَ الَّذِي لَهُ الْمَال الْوَكَالَة فَضَمَّنَهُ الَّذِي عَلَيْهِ ضَمِنَ الَّذِي عَلَيْهِ الوَكِيل مَا أَخَذَ مِنْهُ[1] وَإِنَ لَمْ يَضْمَنْهُ لَهُ.

هَذَا الفصل تضمن وجوهاً؛ وجه فِي جبر الَّذِي عَلَيْهِ الْمَال، والثاني فِي رجوعه فِيمَا أداه، والثالث فِي الرجوع بِمَا ضمن.

أَمَّا الْأَوَّل: فَإِنَّهُ إِذَا أَقَرَّ بالوكالة أُجبر عَلَى قضاء الدين بخلاف المودَع إِذَا أَقَرَّ بوكالة رجلٍ بقبض الوديعة أَنَّهُ لَا يجبر عَلَى التسليم، لِأَنَّ إقرار المديون بالوكالة تناول خالصِ حقه، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَقْضِي الدين من عينٍ هُوَ ملكه فصح، فأمَّا المودَع فإنَّما تناول إقراره مالَ غيره، فَلَمْ يصح.

فأمَّا الثَّانِي: فَإِنَّهُ إن أدّاه وَهُوَ مصدقٌ أَوْ مكذبٌ أَوْ ساكتٌ لَمْ يَرْجِع فِيمَا أَدَّى حَتَّى يحضر الغائب فيضمنه، أَمَّا فِي التصديق فَلَا يُشكل أَنَّ المؤدى صَارَ حقاً للغائب، وَكَذَلِكَ فِي السكوت والتكذيب لِأَنَّهُ أداه بناء عَلَى دعواه، فَصَارَ حقاً للغائب.

---

(١) أي قبل حضور الطالب الغائب. حاشية أ

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لـو أداه إِلَى فضولي عَلَى رجاء الإجازة لَمْ يَمْلِك الاسـترداد[١] لاحتمال الرجاء؟ فههنا أولى إِلَّا أن يحضر الغائب فينكر الْوَكَالَة ويضمنه[٢]، فـ[لَهُ أن][٣] يَرْجع فِيمَا أَدَّى لفساد الأداء.

وَأَمَّا الثالث: فعلى أربعة أوجه، إمَّا أن يصدقَه، أَوْ يصدقَه ويضمِّنه، أَوْ يكذبَه، أَوْ يسكت، أَمَّا إِذَا صدقه، ثُمَّ حضر الغائب فأنكر الْوَكَالَة فإنَّ القول قولَهُ مع يمينه، وَلَـهُ تضمين الغريم، فَإِذَا فعـل لَمْ يَرْجِع الغريم عَلَى الوكيـل[٤]، لِأَنَّ من زعم أن القابض وكيلٌ وإني برئت وَأَنْ الطالب ظلمني فَلَا يحل لِي أن أظلم غيري.

وَفِـي الفصول الثلاثة لَـهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى القابض فيضمنـه، أَمَّا إِذَا كذبه فلأنَّه لَـمْ يعترف لَهُ بِأَنَّهُ محـق، وَإِنَّمَا أداه إِلَيْهِ عَلَى احتمال أن يسـلم الغائبُ ذَلِكَ، فإن لَمْ يفعل ظهر أَنَّهُ قبض بِغَيْرِ حق، فَصَارَ ضامناً، وَكَذَلِكَ إِذَا سـكت، لِأَنَّ السـاكت جاحدٌ حَتَّى يثبت غيره.

وَأَمَّا إِذَا صدّقه وضمَّنه فلأنَّ معنى التضمين أَنْ يَقُولَ: لَهُ إِنَّك وكيلٌ وقبضك جائزٌ لكني لَا آمن أن يحضر الغائب فينكر ويحلف ويضمنني، فَإِذَا فعل ذَلِكَ صَارَ غاصباً ضامناً فهل أنت كفيلٌ عَنْهُ لِي بِمَا يجب عَلَيْهِ، فيكفل لَهُ بِذَلِكَ، فيصح بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَة بالدَرك، وبما يذوب لَهُ عَلَى فلان، فَإِذَا ضمنه حلت الْكَفَالَة فملك الرجوع بِذَلِكَ عَلَيْهِ.

---

(١) كتعجيل الزَّكَاة، حاشية أ

(٢) أي يجعل الوكيل ضامناً. حاشية أ

(٣) فِي ب

(٤) يعني إِذَا كَانَ الْمَال هالكاً، أَمَّا إِذَا كَانَ قائماً فيأخذه. حاشية أ

٨٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ، وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَكِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي، جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ.

أَمَّا شهادة النِّسَاء مع الرِّجَال فَإِنَّهَا حجةٌ فِي الأموال والذي يتبع[١] الأموال بقول الله تَعَالَى فِي قضية المداينة: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وَلَا تُقبل فِي الحدود والقصاص لما رُوي عن الزهري: مضت السُنَّةُ من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لَا يقبل شهادة النِّسَاء مع الرِّجَال فِي الحدود والقصاص، ولأنَّها حجةٌ فِيهَا شبهة، لِأَنَّ النِّسَاء جُبلن عَلَى نقصان العقل، وَقَدْ وقع الجبر بفضل العدد فبقيت صورة ذَلِكَ شبهةً فِيمَا يُدرأ[٢] بالشبهات، وَأَمَّا فِي الحقوق المجردة مثل الطلاق والنكاح والنسب فَإِنَّهَا حجةٌ عندنا، وَقَالَ الشافعي: لَيْسَتْ بحجةٍ، لِأَنَّ هَذِهِ الحقوق لَيْسَتْ بِمَالٍ فَلَا يثبت بشهادة النِّسَاء مع الرِّجَال كالحدود، وفقه ذَلِكَ أنَّ هَذِهِ الشهادة ضروريةٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا شهادة لهن بانفرادهن؟ وَإِنَّمَا شرع فِي الْمَال الَّذِي يُتبدل ويكثر وقوعه، فأَمَّا هَذِهِ الحقوق فمثل الحدود فِي هَذَا المعنى، ولأصحابنا: ما رُوي عن عمر ﷺ أَنَّهُ أجاز شهادة النِّسَاء مع الرِّجَال فِي النكاح والفُرقة[٣]، ولأنَّ النكاح يثبت مع الشبهات فيثبت بشهادة النِّسَاء مع الرِّجَال كالمال.

---

(١) أي فِي المداينات والذي يتبعها الإجارة والوصية والشركة والوراثة.

(٢) فِي ب: يندرأ

(٣) أي فِي عدم الابتذال وقلة وقوعه.

وبيانه: أنَّ النكاح لَيْسَ بعقوبةٍ بَلْ هُوَ عقدٌ مندوبٌ مسـنونٌ، ويصح مع الهزل الَّذِي تبطل بِهِ الأموال وَلَا تؤثر فِيهِ الشـبهات كرجوع[1] الشـاهد بعد القضاء قبل الإمضـاء، وَلَا يبطل بوجوب العدة، وَكَذَلِكَ سـائر ما لَيْسَ بِمَالٍ من الحقوق فَلَا يسقط بالشبهة.

وَأَمَّا الشهادة عَلَى الشهادة فَإِنَّهَا حجةٌ فِي باب الأموال بِالْإِجْمَاعِ لما قلنا أَنَّهُ لَا يسقط بالشبهة، وَكَذَلِكَ فِي الحقوق، فأمَّا فِي العقوبات فليست بحجةٍ عندنا، وَقَالَ الشافعي: حجةٌ فِيهَا، لِأَنَّهَا شهادة رجال فأشبهت شهادة الأصول، ولأصحابنا: أنَّ هَذِهِ حجةٌ فِيهَا شبهةٌ فَلَا يثبت بِهَا شيءٌ من العقوبات كشهادة رجل وامرأتين.

وبيان الشبهة من وجهين: أحدهما أنَّ فِيهَا شبهة البدلية من حيث لَا يصح إِلَّا عند العجز عن أصولَهُم.

وإِنْ كَانَ لَا يُشـترط العجز عن شهادة سـائر الأصول، وتحقيق البدلية يُبطل الحد فيُبطل شبهته أَيْضاً.

والثاني: أَنَّهُ يمكن فِيهَا شبهةٌ يمكن الاحتراز عَنْهَا بجنس الشهود، لِأَنَّ الشبهة فِي عامة الشـهادات تثبت فِي المشهود بِهِ [سواءٌ][2] أحقاً [كَانَ المشهود بِهِ][3] أم لَا، وههنا تثبت شبهةٌ زائدةٌ فِي نفس الشهادة أنَّها هل وجدت من الأصول أم لَا؟

---

(١) إِذَا رفع الشهود فِي النكاح بعد القضاء قبل التسليم لَا يصير شبهة مع أنه يتصور فِيهِ الفسخ بالطلاق قبل الدُّخُول لأن فِيهِ شبهة الفسخ بالنظر إِلَى المهر، وع هَذَا لم يؤثر فِيهِ الرجوع، فعلم أن الشبهة فِيهِ غير مؤثرة، وَفِي فصل الحدود يسقط الحد. حاشية أ

(٢) الإضافة مني

(٣) الإضافة مني

والحكم يقع بشهادة الأصول أَيْضاً عند محمَّد وعند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَإِنَ لَمْ يقع الحكم بشـهادتهم ففي ذَلِكَ شـبهةُ النسـبة إليهم، فَلِذَلِكَ بطلت الشهادة عَلَى الشهادة فِي كل ما يُدرأ بالشبهات، والشافعي ادَّعَى الكمال من معنى الذكورة، ونحن أثبتنا الشبهة مِنْ وَجْهٍ آخر.

وَأَمَّا كِتَاب القَاضِي إِلَى القَاضِي فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الشـهادة عَلَى الشهادة، لِأَنَّ قولَ القَاضِي جَعَلَ بِمَنْزِلَةِ شـهادة شاهدين حَتَّى صَارَ خبره حجةً، وصح الاعتماد عَلَيْهِ فَصَارَ نقله للشـهادة ونقل الشاهدين سـواءٌ، وعن محمَّد أَنَّهُ رَجَعَ عن ذَلِكَ[1] فَلَمْ يجعل قول القَاضِي مقبولًا فِيمَا يُحكى أَنَّ زنا هَذَا الرَّجُل قَدْ ثبت عِنْدِي وإحصانه فارجمـوه، وَمَا يجري مجرى ذَلِكَ، وَلَمْ يجعل كِتَاب القَاضِي حجةً، واستحسـن مشـايخنا قولَهُ هَذَا فِي سـائر المسـائل، فأَمَّا فِي كتب القضاء فَلَا، لما فِي ذَلِكَ من ضرورة الناس.

❁ ❁ ❁

---

(١) أي عـن أن يكـون القَاضِـي حجة مِنْ غَيْرِ معاينة الشـهود، وعن أن يكـون كأنه حجة فِي الحقوق كلها. حاشية أ

[بَابُ القَضَاءِ فِي الأَيْمَانِ]

٨٥٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، قَالَ: لَا يَمِينَ فِي حَدٍّ، إِلَّا أَنَّ رَجُلًا لَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ سَرِقَةً اسْتَحْلَفْتُهُ، فَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ ضَمَّنْتُهُ السَّرِقَةَ.

وأصله: أنَّ الاستحلاف شُرع للنكول، والنكولُ إمَّا بذل[1] الْمَال وإمَّا شبهة إقرار عَلَى ما تبين إنْ شَاءَ الله تَعَالَى، وكل ذَلِكَ لَا يصلح حجةً فِي الحدود، وَأَمَّا فِي السرقة فإنَّ أصل الدَّعْوَى فِيهَا فِي الْمَال فوجب القضاء بالمال وَإِنَ تعذر القضاء بالحدود، والمال لَا يبطل بالشبهات فثبت كما ثبت بشهادة رجلٍ وامرأتين، والشهادةِ عَلَى الشهادة.

٨٥٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي دَعْوَى النِّكَاحِ مِنْ الْمَرْأَةِ عَلَى الرَّجُلِ، أَوْ الرَّجُل عَلَى الْمَرْأَة، أَنَّهُ لَا يمينَ فِي ذَلِكَ. وَكَذَلِكَ فِي الرَّجْعَة إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ بَعْدَ انْقِضَاءِ العِدَةِ عَلَى الزَّوْجِ أَنَّهُ رَاجَعَهَا فِي العِدَّةِ. أَوْ ادَّعَى الزَّوْج ذَلِكَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يَمِينَ فِيهَا، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي الإِيلاء إِذَا ادَّعَى عَلَيْهَا

(١) البذل إعطاء المدعى لَهُ إِلَى المدعي، كأنه قَالَ أعطيتك المدعى لَهُ بدلًا عن الْيَمِين. حاشية أ

بَعْـدَ المُـدَّةِ أَنَّهُ [فَاءَ][1] فِي المُـدَّةِ أَوْ ادَّعَتْ عَلَيْهِ ذَلِكَ أَنَّـهُ لَا يَمِيَن فِي ذَلِكَ عِنْدَهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: فِي ذَلِكَ كُلِّهِ الْيَمِينُ، وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: لَا يمين فِي ادعاء النَّسب أَيْضاً.

وَهَـذَا أَيْضاً يُتصور فِـي ادعاء[2] الْوَلَد عَلَى الوالد، وَفِـي دعوى الآخر عَلَيْهِ فَهِيَ أربعة فصول.

والخامسُ دعوى الرق إِذَا ادَّعَى رجل عَلَى مجهولٍ رقاً، أَوْ ادَّعَى المجهولُ عَلَيْهِ أَنَّهُ عبد هَذَا الرَّجُل فَلَا يمين فِي ذَلِكَ عنده خلافاً لَهُمَا.

والسادس فِي الولاء إِذَا ادَّعَى مجهولٌ عَلَى رجلٍ معروفٍ أَنَّهُ معتقه ومَوْلَاهُ، أَوْ ادَّعَـى المعروف ذَلِـكَ عَلَيْهِ، أَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي ولاء المـوالاة فَلَا يمين فِي ذَلِكَ عنده خلافاً لَهُمَا.

وَكَذَلِـكَ هَذَا فِي الِاسْـتِيلَاد[3]، وَهُوَ الفصل السـابع لَا يميـنَ فِيهِ إِذَا ادعت أمـةٌ عَلَى مَوْلَاهُا أَنَّها ولدت مِنْهُ هَذَا الْوَلَـد، أَوْ وَلَدَاً قَدْ مَاتَ، وأنكر الْمَوْلَى فعلى الاختلاف وَهَذَا لَا يتصور فِي الطرف الآخر.

لِأَنَّ الْمَوْلَـى إِذَا أَقَرَّ بِهِ صحَّ إقراره وَهَذَا كلـه إِذَا لَمْ يَكُنْ قصد بِهِ الْمَال، وَإِنَ قصد بِهِ الْمَال وجب الاسـتحلاف، كما قَالَ فِي الْكِتَاب فِي الْمَرْأَة إِذَا ادعت عَلَى رجلٍ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بكذا وأَنَّه طَلَّقَهَا قبل أن يدخل بِهَا فلزمه لَهَا نصفه أَنَّهُ يسـتحلف

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: دعوى

(٣) وبعضهم ألحق الاستثناء بالنسب وجعلهما قسماً واحداً، إِلَّا أن الإِسْتِيلَاد فرع النسب.

لَهَا عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَيْضاً لِأَنَّ المقصود بِهِ الْمَال، وَكَذَلِكَ لو كَانَ قصد بِهِ الإرث، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي النسب.

وجه قولَهُما إنَّ هَذِهِ الحقوق تثبت بالشهادة عَلَى الشهادة وبشهادة رجلٍ وامرأتين فتثبت بالنكول أَيْضاً كالمال، لِأَنَّ النكول حجةٌ قاصرةٌ ذات شبهةٍ، وهذه الحقوق لَا تبطل بالشبهات.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ هَذِهِ حقوقٌ لَا تحتمل البذل، فَلَا تثبت بالنكول كالقصاص بالنفس، أَمَّا قولنا إنَّها لَا تثبت بالبذل فَلَا يُشكل، فإنَّ الْمَرْأَة إِذَا بذلت بضعها مِنْ غَيْرِ تمليكٍ كَانَ باطلًا، وَكَذَلِكَ الحر إِذَا بذل نفسه عَبْدَاً كَانَ باطلًا، وَكَذَلِكَ النسب وسائر الفصول، والنكول بذلٌ لِأَنَّهُ امتناعٌ وترك للمنازعة فِي اللغة والشريعة، وَذَلِكَ معنى البذل والإباحة.

٨٥٥- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: لَا يمين فِي اللعان، وَكَذَلِكَ ذكر عن أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله.

لِأَنَّ اللعان حَدُّ الأزواج فأشبه حد القذف وحد الزنا.

٨٥٦- وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله فِي دَعْوَى القِصَاصِ فِيمَا دَوْن النَّفْسِ أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ، فَإِنْ نَكَلَ اقتُصَّ مِنْهُ، وإِنْ كَانَ فِي النَّفْسِ لَمْ يُقْتَصَّ [بقتل][1] وَلَا دِيَةَ، وَيُحْبَسُ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: فِي ذَلِكَ كُلِّهِ يُقضى بالدية، وَلَا يُقضى بالقصاص.

وجه قولَهُما فِيمَا دون النفس: أَنَّ القصاص فِيمَا دون النفس عقوبةٌ تدرأ

(١) فِي ب

بالشبهات فَلَا تثبت بالنكول كالقصاص فِي النفس، وَلَا شبهة فِي أنَّ القصاص فِيمَا دون النفس مشروعٌ، كما شرع فِي النفس.

وَإِذا لَـمْ يجب القَوَد وجب القضاء بالدية بخلاف ما إِذَا أقام عَلَى ذَلِكَ رَجُلاً وامرأتين، أَوْ الشـهادة عَلَى الشـهادة، فَإِنَّـهُ لَا يُقضى بِهَا شـيءٌ لِأَنَّ الحجة قامت بالقصاص، لكن استيفاء القصاص امتنع.

والأصـل فِيهِ أنَّ الْمَال مشـروعٌ فِيـهِ إِذَا أضيف التعذر إِلَى مـن عَلَيْهِ اعتباراً بالخطأ واستدلالًا بِهِ، وَإِذا أضيف إِلَى الولي بطل معنى المنة، فَلَمْ يجب الْمَال.

وَفِي مسـألة الخلاف إِنَّمَا يُضاف التعذر إِلَى الَّذِي عَلَيْهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يُصرِّح بالإقرار فأشـبه الخطأ، وَفِي الفصل الآخر أضيف إِلَى الولي الَّذِي أقام تلك البينة فَلَمْ يجبِ الْمَال، وَهُوَ بخلاف شـهادة رجل وامرأتين، أَوْ الشـهادة عَلَى الشـهادة بالسـرقة أنَّ الْمَال يجب كما يجب فِي النكول، لِأَنَّ الْمَال أصلٌ ثمة ثُمَّ يتعدّى إِلَى الحـد، فَإِذَا قَصُر لَمْ يتعدّ فبقـي الأصل، وههنا الأصل المشـهود بِهِ القصاص ثُمَّ يتعدى إِلَى الْمَال إن وجد شـرطه فَإِذَا لَمْ يوجد بطل، وشـرطه أَنْ يَكُونَ مشـروعاً بطريق المنة للخصمين جَمِيْعَاً، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ الطرَفَ محلٌ للبذل فيُستوفى بالنكـول كالمال، وبيانـه: أنَّ الطرف خُلـق وقايةً للنفس كالمـال حَتَّى إنَّ إتلاف الطرف لصيانة النفس مشروعٌ بسبب آكلةٍ تقع فِيهِ.

وَلَـوْ أكره عَلَـى أَنْ يَقْطَعَ طرفه أَوْ يُقتل حل لَهُ قطـع الطرف كالمال وَهُوَ فِي نفسه صالحٌ لذلك، وَقَدْ جَعَلَ مضموناً بالقَوَد صيانةً للنفس لاتصاله بالنفس فاعتبر بالمـال فِي حكـمٍ يَرْجِع إِلَى عينه وَهُـوَ النكول والبذل لِأَنَّهُ يلاقـي عينه، واعتبرنا بالطرف فِيمَا يلاقي ضمانه وَهُوَ الشهادة القائمة بالقصاص.

أَلَا تَرَى أَنَّ من قَالَ لآخر: اقطع يدي فقطعها لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً؟ وَإِنَّمَا لَا يحل لعدم الفائدة، والمال كَذَلِكَ يكون إِذَا لَمْ يتضمن إتلافه نفعاً، فَلِذَلِكَ قلنا أَنَّهُ يهدر بطريق النكول والبذل، وَلَا يثبت القصاص فِيهِ بشهادةٍ فِيهَا شبهة، وَأَمَّا الكلام فِي النفس فإنَّ طريقتهما فِي ذَلِكَ ما قلنا: إنَّ النكول دليلٌ فِيهِ شبهة، فَلَمْ يصلح للقَوَد، ووجب القضاء بالمال اعتباراً بالخطأ عَلَى ما قلنا، فأمَّا إيجاب الْيَمِين مقصودةٌ فِيمَا لَا يعقل فَلَا يثبت بالقياس، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ النَّفس لَيْسَتْ بمحلٍ لتبذل فَلَمْ يصح إتلافها بالنكول الَّذِي هُوَ بذل.

أَلَا تَرَى أنَّها مقصودةٌ وسائرُ نَعَمْ الدنيا تتبعها؟

ومن قَالَ لآخر: (اقتلني) ففعل لَمْ يُهدر فعله، فأمَّا الْيَمِين فَقَدْ وجدت مقصودةً فِي باب القسامة، لِأَنَّ الدِّيَة واجبةٌ بوجود القتيل بين أظهرهم وشرعت الأيمان تعظيماً عند تعذر القَوَد وتعظيمُ الدماء أمرٌ معقول، واليمين مهلكةٌ فِي المعنى صالحةٌ للتعظيم شرعاً فوجب إثباتها فِي هَذَا الموضع لذلك المعنى بِعَيْنِهِ، وَهَذَا أحق مِنْهُ لِأَنَّ النكول أشبه بالحجج من وجود القتيل بين أظهر القوم، فَكَانَ الاحتياط ههنا أولى، وقولَهُ: (فِي النفس لَمْ يُقض بقتلٍ وَلَا ديةٍ) من الخواص.

٨٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي شَاهِدَينِ يَشْهَدَانِ عَلَى الرَّجُلِ قَالَ: لَا أَسْأَلُ عَنْهُمَا إِلَّا أَنْ يَطْعَنَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ فِيهِمَا، فَإِذَا طَعَنَ فِيهِمَا سَأَلْتُ عَنْهُمَا فِي السِّرِ، وَزَكيتُهُمَا فِي العَلَانِيَةِ. إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ فَإِنِّي أَسْأَلُ عَنْهُمَا فِي السِّرِ وَأُزَكيهِمَا فِي العَلَانِيَةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄:

يَسْأَلُ عَنْهُمَا فِي ذَلِكَ كُلِّهِ فِي السِّرِ وَيُزَكيهمَا فِي العَلَانِيَةِ، إِنْ طَعَنَ المَشْهُودُ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَطْعَنْ.

وأصلـه: أنَّ القضـاء بظاهر العدالـة واجبٌ عند أَبِـي حَنِيفَـةَ ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ لَيْسَ بواجبٍ، لِأَنَّ حاجتنا إِلَى إلزام الحكم، وَذَلِكَ لَا يَكُون إِلَّا بحجـةٍ، والظاهر لَا يصلح للإثبات، وَإِنَّمَا يصلح للدفع، فوجب إثبات العدالة بدليلها ليجـب الحكم، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ قـول الله تَعَالَى: ﴿ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ ﴾ [البقـرة: ١٤٣]، أي عـدلاء، وَقَـالَ عمـرُ ﷺ: (الْمُسْـلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ)(١)، فصارت العدالة ثابتةٌ فِي الأصل لهذه الأمة، فوجب العمل بِهَا حَتَّى يثبت غيرها.

ولأنَّ هَذَا القدر حجةٌ تامةٌ فِي هَذَا البَابِ فصلح لإلزام الحكم كالعدالة الثابتة بالتزكية.

وبيانـه: أنَّ إثبـات العدالة غيرُ ممكنٍ إِلَّا من طريق الظاهـر لِأَنَّهُ أمرٌ خفيٌ لَا دليل عَلَيْهِ شـرعاً إِلَّا مـن طريق الظاهر دون الباطن من قِبَـلِ أن أقصى درجاته أن يعرف منزجراً عن الكبائر متمسـكاً بالطاعة، وَذَلِكَ لَا يدل عَلَى تمسـكه بالصدق فِـي الشـهادة، وانزجاره عن الكذب إِلَّا من طريق الظاهر، فَصَـارَ الظاهر فِيهِ دليلًا كاملًا أصلياً.

وَهَـذَا كما أنَّ حقوق العبـاد لما تعذر إثباتها بدليلٍ يوجـب العلم لَا محالة،

---

(١) رواه الدارقطنـي برقـم/ ١٥/، والبيهقـي فِي الصغـرى برقم/ ٣٣٧٠/، وابن أبي شـيبة برقم/ ٢١٠٤٢/، وكلهم بزيادة (إِلَّا مجلودٌ فِي حدٍّ أَوْ مجرّبٌ فِي شهادةِ زورٍ أَوْ ظنينٌ فِي ولاءٍ أَوْ قرابةٍ).

صَارَ خبر الآحاد الَّذِي يوجب العمل دون العلم دليلًا كاملًا، لكنَّ الشرع شرع فِيهِ العدد، وشرطه غير معقول المعنى تأكيداً فوجب التمسك بِهِ والتسليم لَهُ والانقياد، فَكَذَلِكَ ههنا، فإن طعن المشهود عَلَيْهِ وجب السؤال، لِأَنَّ الطعن عارض ذَلِكَ الظاهر فوجب الترجيح بالسؤال، ومعنى السؤال فِي السر أنَّ المزكي إِذَا جرح الشاهدَ وجب صيانةُ ستره.

فيُقال للمدعي: زدْ فِي شهودك، وَلَا يكشف عن حال المجروح، وَإِنَ زكَّى وجب أن يزكي عياناً ظاهراً احترازاً عن التبديل والتزوير، وَأَنْ يتسمى المرء بغيره وَلَا حاجة إِلَيْهِ عند الجرح، وَقَدْ تُرك الإظهار فِي زماننا ليكون المزكي خفياً فَلَا يُخدع وَلَا يُخوّف وَلَا يهدّد.

وَأَمَّا فِي الحدود فإنَّما يجب ذَلِكَ لِأَنَّ القَاضِي خصمٌ فِي ذَلِكَ، ولأنَّ الحدود تُدرأ بالشبهات، وَفِي هَذَا شبهةٌ، فوجب الاستقصاء فِيهِ احتياطاً، وَكَذَلِكَ فِي القصاص وجب السؤال احتياطاً ليُستوفى بأكمل الْوَجْهَيْنِ، كما لَمْ يستوفَ بشهادة رجل وامرأتين والله أعلم.

٨٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي صَحْرَاءَ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي أَنَّهَا فِي يَدِهِ؛ قَالَ: لَا أَقْضِي أنَّها فِي يَدِ أَحَدِهِمَا إِلَّا أَنْ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّها فِي أيدِهِمَا، وَإِنَ أَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ أَنَّها فِي يَدِهِ وَلَمْ يُقِمْ الآخَرُ، جَعَلْتُهَا فِي يَدِ الَّذِي أَقَامَ البَيِّنَةَ. وَإِنَ أَرَادَا قَسْمَتُهَا لَمْ أَقْسِمْ إِلَّا أَنْ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أنَّها لَهُمَا، وَكُلُّ شَيْءٍ فِي أَيدِيهِمَا مِمَّا سِوَى العَقَارِ ادَّعَيَا أَنَّهُ لَهُمَا وَأَرَادَا قِسمتَهُ قَسَمْتُهُ.

أَمَّـا اليد فَلَا يُقضى بِهَا لِأَنَّ ذَلِكَ حقٌ مقصـودٌ يدعيه كل واحد مِنْهُمَا، ولعل ذَلِكَ فِي يَدِ غيرهما، فَلَا يَقْضِي القَاضِي بِمَا غاب عن علمه مِنْ غَيْرِ حجة، فإن أقاما البينة قَضَى بِالْيَدِ لَهُمَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خصمٌ صاحبه عند قيام البينة.

فإن أقام [أحدهما](1) البيّنـة جعلها فِي يَدِهِ، وجعل الآخر خارجاً، وخصمُه من ينازعه، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ للمنازع حجةٌ، وَإِنَ طلبا القسـمة لَمْ يقسـمها إِلَّا أَنْ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أنها لَهُمَا، قَالَ بعض مشايخنا: هَذَا جوابُ الفصل الْأَوَّل، وَهُوَ أَنَّهما لَمْ يقيما البينة عَلَى اليد فَلَا تُقسم لجواز أن تقع القسمة عَلَى غيرهما، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ، وَقَالَ بعضهم: بَلْ هُوَ جوابُ الفصل الثَّانِي وَهُوَ أن يقيما بينةً عَلَى اليد.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ شـرط للقسمة إقامةَ البينة عَلَى المِلك ثُمَّ اختلفوا بعد ذَلِكَ؟ قَالَ بعضهم: أَنَّهُ قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، فأمَّا عندهما فَإِنَّهُ يقسم بِغَيْرِ تعيين بينة عَلَى الملك، واعتبروا ذَلِكَ بمسـألة كِتَاب القسمة: إِذَا طلب الورثة من القَاضِي قسمة العقار لَمْ يقسـم(2) إِلَّا ببينة عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندهما يقسـم بِغَيْرِ بينـةٍ، وَلَوْ كَانَتْ الدار مشـتراة قُسـمت(3) بِالْإِجْمَاعِ مِنْ غَيْرِ بينةٍ، وَهَذَا غير بعيدٍ، وبين الفصلين مشابهةٌ مـن قِبَلِ أن عند أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إِذَا احتمل أَنْ يَكُونَ العقار موروثاً أَوْ غير موروث وجب الاحتياط، وعندهما: لما اتفق الجواب لَمْ يجب الاحتياط، والأشبه أنَّ هَذَا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ القسـمة ضربان: بحق المِلك تكميلًا للمنفعة، وبحق اليد للحفظ، وَلَـمْ يثبت الملك ههنا، وَلَا حاجة إِلَى الحفظ بخـلاف المنقول، لِأَنَّهُ محتاجٌ إِلَى الحفظ فوجبت قسمته للحفظ.

---

(1) فِي ب

(2) فِي ب: يفعل

(3) فِي ب: قسمها

والدليــل عَلَـى ذَلِكَ: أَنَّهُ مدّ ذَلِـكَ إِلَى إقامة البينة عَلَى الملــك مِنْ غَيْرِ ذكر الميراث فثبت أنَّ المسألة بِالْإِجْمَاعِ.

٨٥٩- وَقَـالَ فِي صحراء ادعاها رَجُلَانِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّها فِي يَدِهِ، وَقَدْ لـبّن أحدهمـا لَبِناً فِيهَا أَوْ حفر فِيهَا حفرَةً(١)، أَوْ بـنى فِيهَا بناءً، قَالَ فِي يدي هَذَا الذي أحدث فِيهَا.

لِأَنَّ هَذَا الفعل اسـتعمال مِنْهُ لهذه الأرض، ومن ضرورة الاسـتعمال إثبات اليد، كالركوب فِي الدواب واللبس فِي الثِّيَاب.

٨٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي القَاضِي يَقُولُ لَكَ: قَدْ قَضَيتُ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَأَرْجُمْهُ، وَسِـعَكَ أَنْ تَرجُمَـهُ، وَكَذَلِكَ القَطْعُ وَالضَّرْبَ، وَذَلِكَ أَنَّ القَاضِيَ أَمِينٌ فِي الَّذِي فَوَّض إِلَيْهِ.

وأصله قول الله تَعَالَى: ﴿أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡ﴾ [النِّسَاء: ٥٩]، ومن الطاعة تصديقه وقبول قولَهُ، وصار بحق الولاية قولَهُ مثلُ قول الجماعة، وَإِذا كَانَ كَذَلِـكَ جَازَ الاعتمـاد عَلَى قولَهُ فِي كل باب، وَلِذَلِكَ صَارَ كِتَاب القَاضِي إِلَى القَاضِي حجةً لما قلنا: إنَّ شهادة القَاضِي واختياره مثل شهادة شاهدين فصح نقله كما يصح ذَلِكَ من الشـاهدين عَلَى شهادة شاهدين، وعن محمَّد رحمه الله أَنَّهُ رَجَعَ عن هَـذَا، فَقَـالَ: لَا أقبل قول القَاضِي، وَلَا يحل العمل بِـهِ إِلَّا أن يعاين الحجة فيصح الاعتماد حينئذٍ.

---

(١) فِي ب: بئراً

[وأخذ مشايخنا بهذه الرواية فقالوا][1]: ما أحسنَ هَذَا فِي زماننا، لِأَنَّ القُضاة قَدْ فسدوا فَلَا يؤتمنون إِلَّا فِي كُتب القضاء[2] فإنَّهم أخذوا فِيهَا بظاهر الجواب للضرورة، ولأنَّ الْجِنَايَة فِي ذَلِكَ قل ما يقع.

[مطلب: في قول الشيخ أبي منصور في قبول قول القاضي]

قَالَ الشيخ أبو منصور: هُوَ عَلَى ثَلَاثَة أوجه:

مِنْهَا [الْأَوَّل][3]: أَنْ يَكُونَ القَاضِي عالماً عادلًا فيجب قبول قولَهُ، لقولَهُ تَعَالَى: ﴿وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٥٩].

والثاني: أَنْ يَكُونَ عادلًا غير عالمٍ وَلَا فقيهٍ فيُستفسر، فإن أحسن وجب تصديقه، [الثالث][4]: وإِنْ كَانَ عالماً فاسقاً، أَوْ فاسقاً جاهلًا لَمْ يصدَّق، إِلَّا أن يُعاين سبب الحكم.

قَالَ: وَلَوْ قَالَ القَاضِي: أخذت مِنْكَ ألف دِرْهَم فدفعتها إِلَى فلان، قضيت بِهَا لَهُ عليك، فَقَالَ المأخوذ مِنْهُ: بَلْ أخذتها ظلماً، كَانَ القولُ قولَ القَاضِي، لِأَنَّ المأخوذ مِنْهُ لمَّا أَقَرَّ أَنَّهُ فعل فِي حال القضاء صَارَ معترفاً بشهادة الظاهر للقاضي، وَهُوَ نسبة ذَلِكَ إِلَى حالٍ ينافي الضمان مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، لِأَنَّ فعل القَاضِي عَلَى سبيل الحكم لَا يوجب عَلَيْهِ العهدة والضمان بحال، فجُعل القَاضِي منكراً، فَصَارَ القول قولَهُ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الآخذ أَيْضاً، لِأَنَّ قول القَاضِي حجةٌ ودفعه صحيحٌ، فأمَّا

(١) فِي ب

(٢) فِي أ: القَاضِي

(٣) الزيادة مني

(٤) الزيادة مني

إِذَا قَـالَ المأخـوذ مِنْهُ لَـمْ يَكُنْ قاضياً يَوْمَئِـذٍ، وَإِنَّمَا فعل ذَلِكَ قبـل التقليد أَوْ بعد العزل فإنَّ القولَ قولُ القَاضِي، [لِأَنَّ القَاضِي][(1)] مَتَى عُرف أَنَّهُ كَانَ قاضياً صحت إضافتـه إِلَى حال القضاء، وصار هُوَ بتلك النسـبة مُنكراً أصـلًا، لِأَنَّ حال القضاء حالٌ معهودةٌ تنفي الضمان عن القَاضِي بواحدة، فَلِذَلِكَ جَعَلَ القولُ قولَهُ، وَكَذَلِكَ لـو أَقَرَّ القَاضِي بقطع اليـد، كَانَ القولُ قولَ القَاضِي بِكُلِّ حَـالٍ، ولكن الَّذِي أَخَذَ الْمَال واستوفى القطع، إِنْ كَانَ قصاصاً فَهُوَ ضَامِنٌ[(2)] فِي هَذَا الفصل إِذَا أَقَرَّ بِمَا أَمَرَ بِهِ القَاضِي، لأَنَّا قبلنا قول القَاضِي فِي نفي الضمان عن نفسـه، فأَمَّا فِي حق إبطال الضمان عن ذَلِكَ الرَّجُل فَلَا.

٨٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ يَـرِثُ العَبْدَ فَيَـجِيءَ[(3)] رَجُلٌ فَيَزْعُـمُ أَنَّهُ لَهُ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَى أَيِّ شيَءٍ يُسْـتَحْلَفُ؟ قَالَ: عَلَى عِلْمِـهِ، وَإِنَ وُهِبَ لِرَجُلٍ عَبْداً فَقَبَضَهُ أَوْ اشْـتَرَاهُ، وَجَاءَ رَجُلٌ يَزْعُمُ أَنَّهُ لَهُ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ، فَإِنَّهُ يُسْتَحْلَفُ البَتَّةَ.

وأصلـه أَنَّ التحليف بكلا الْوَجْهَيْنِ مشـروعٌ، فَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حلَّف اليهود فِي القسامة (بِاللهِ مَا قَتَلْتُمْ وَلَا عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلًا).

وبيانه أَنَّ التحليف إِنَّمَا يصبح عَلَى مبلغ علم من مسـتحلف، فأَمَّا أن يُكلف الباطل فَلَا، لِأَنَّهُ يمتنع مِنْهُ شـرعاً فيبطل حقه، أَوْ يفعله فيصير إطلاقاً للباطل، فَإِذَا

---

(١) فِي ب

(٢) أي ضامن دية قطع اليد لأنه جمع بين الضمان والقطع

(٣) فِي ب: فجاء

ثبت هَذَا قلنا الْمُشْـتَرِي والموهوب لَهُ مالكٌ بسببٍ شـرعيٍ وضع لَهُ، وَهَذَا يفيده علمـاً بِأَنَّـهُ ملكه لَا ملك لغيره فِيهِ، فصح تحليفه، فإن أَبَى فَقَدْ امتنع عما هُوَ مطلقٌ لَهُ فَصَارَ باذلًا، فأَمَّا الوارثُ فَلَا علم لَهُ بِمَا صَنَعَ مورثه ظاهراً، فطُولب بعلم إِنْ كَانَ لَهُ، فَإِذَا لَمْ يفعل مع الإمكان صَارَ باذلًا والله أعلم.

٨٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي عُلُوٍ لِرَجُلٍ، وَسُفلٍ لِآخَرَ؛ قَالَ: لَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفلِ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وتداً، وَلَا يُنقبَ كُوةً. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ: يَصْنَعُ فِيهِ مَا لَا يَضُرُ بِالعُلُوِ.

وَقَالَ بعضهم: ما حكاه عنهما تفسير قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، أي أنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ إِنَّمَا أراد بالمنع ما فِيهِ ضررٌ ظاهرٌ، فيكون فصلًا مجمعاً عَلَيْهِ، لِأَنَّ التصرف حصل فِي مِلْكِهِ، فيكـون المنع بعلة الضرر، وَقَالَ بعضهم: بَلْ عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ الحظرُ أصـلٌ، والإطلاق عارض بعدم الضرر، فَإِذَا أشـكل وجب المنع، وقالا: الإطلاق أصلٌ، فَإِذَا أشكل لَمْ يجز المنع.

وجـه قولَهُما: أَنَّ التصرف حصل فِي مِلْكِ المتصرف فَصَارَ الإطلاق أصلًا، ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّ التصرف حصل فِي مِلْكِ مشـغولٍ بحقٍ محترمٍ، فَصَارَ المنع أصـلًا، لِأَنَّ الحق المحترم يوجب الحجر كالملك، وَهَذَا لِأَنَّ قرار العلو عَلَى بناء السفل، فقول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ قياسيٌ.

٨٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَدَّعِي عَلَى الرَّجُل

أَنَّـكَ بِعْتَنِي هَـذَا العَبْد بِأَلْفٍ وَخَمسِـمائَةٍ، وَيُنكرُ الآخَرُ البَيـعَ، فَيُقِيمَ عَلَيْهِ شَـاهِدَاً بِأَلْفٍ وَشَـاهِدَاً بِأَلْفٍ وَخَمسِـمائَةٍ؛ قَالَ: هَذَا بَاطِـلٌ. وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبَةَ إِذَا ادَّعَاهَـا العَبْدُ، وَأَنكَـرَ الْمَوْلَى، وَكَذَلِكَ العَتقُ عَلَى الْمَـال إِذَا ادَّعَاهُ العَبْدُ، [وَأَنكَـرَهُ الْمَـوْلَى][1]، وَكَذَلِكَ الخُلْـعُ إِذَا ادَّعتْهُ الْمَرْأَةُ، وَأَنْكَـرَ الزَّوْجُ، وَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهَا إِذَا جَاءَتْ بِشَـاهِدٍ يَشْـهَدُ بِأَلْفٍ وَخِمسِمائَةٍ، وَشَاهِدٍ يَشْهَدُ بِأَلْفٍ جَـازَتْ الشَّـهَادَةُ بِأَلْفٍ إِذَا كَانَتْ الْمَـرْأَةُ تَدَّعِي أَلْفَاً وَخَمسَـمِائَةٍ، وَقَالَ يعقوب ومحمَّد ﷺ: النكاح أَيْضَاً باطلٌ.

أَمَّـا فِي البيـع فإِنَّ الدَّعْوَى إِنْ كَانَتْ من الْمُشْـتَرِي أَوْ من البَائِع فَلَا يختلف، لِأَنَّ المقصود بِهِ إثبات السبب بكل حال، والحكم بالسبب مطلوبٌ فوجب اعتبار السـبب ليَسـلم المقصود، وَهُوَ مختلفٌ، لِأَنَّ البيع يختلف باختـلاف الثَّمَن، فَإِذَا كَانَ المشهود بِهِ مختلفاً تعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد عَلَى ما يدعيه المدعي.

وَأَمَّـا فِي الْمُكَاتَبَةِ فَكَذَلِـكَ الجواب لِأَنَّ المراد بِهَا قبـل الأداء لَيْسَ بثابتٍ، فيُتصور فِيـهِ الدَّعْوَى من الطرفين فيراد بِذَلِكَ إثبات السـبب أَيْضَاً، فأَمَّا فِي العتق عَلَـى مالٍ والخلع والصلح عن دم العمـد، فإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى مـن العَبْد والْمَرْأَة والقاتل فإِنَّ المراد بِهِ إثبات العقد أَيْضَاً، وَهُوَ مختلفٌ فبطل الحكم، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الدَّعْـوَى مـن الْمَوْلَى والزوج والولي فإِنَّـا ننظر فِيهِ، فإِنْ كَانَـتْ الدَّعْوَى فِي أَلف وخمسـمائة وشهد شاهد بِأَلْفٍ، وشـاهد بِأَلْفٍ وخمسمائة وجب القضاء بالألف بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنَ ادَّعَى أَلفين وشـهد شـاهد بِأَلْفٍ، وشـاهد بألفين لَمْ يحكم بِشَيْءٍ

(١) الإضافة مني

عنـد أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله، وعندهما يحكم بِأَلْفٍ، لِأَنَّ العتـق والطلاق والعفو قَدْ وقع باعتراف هؤلاء فبقيت الدَّعْوَى فِي نفس الْمَال، فصارت مسألتنا مثل مسألة دعوى بالدين المطلق، وجواب ذَلِكَ فِي كِتَاب الشهادات عَلَى ما حكينا فَكَذَلِكَ هَذَا.

ووجه قولَهُما فِي النـكاح: أنَّ المقصود من هَذِهِ الدَّعْوَى إثبات العقد أَيْضاً، والنكاح بِأَلْفٍ غير النكاح بِأَلْفٍ وخمسمائة فبطلت الشهادة، كما قلنا فِي البيع.

ووجـه قول أَبِـي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ مـا اتفق عَلَيْهِ الشـاهدان مِمَّا تشـتمل عَلَيْهِ الدَّعْـوَى محكومٌ بِهِ بِالْإِجْمَـاعِ كما قلنا فِي دعوى الديـن إِذَا أجمعا عَلَى الألف، وجـب القضاء بِهِ إِذَا ادَّعَى المدعي أَلْفاً وخمسـمائة، فَكَذَلِكَ هَـذَا، بيان هَذَا: أنَّ حكـم عقد النكاح فِـي المملوك بِهِ ينفصل عن المهـر لِأَنَّ المهر تابعٌ، ومن حكم التبعية أن لَا يعتبر الأصل.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يفسـد بفسـاده فَلَا يبطل بنفيه، فَكَذَلِكَ لَا يختلف باختلافه، وَإِذا لَـمْ يختلف صَـارَ ملك البضع متفقـاً عَلَيْهِ فوجب القضاء بِـهِ، وَإِذا وجب القضاء بِهِ بقي المهر مَالاً منفرداً فوجب القضاء بأقل المقدارين كما سـبق ذكره فِـي الْمَال المنفـرد، والدليل عَلَى ما قلنـا أَنَّا لَمْ نعتبر فِي ولايـة النكاح جانب المهر، فقلنـا فِي الْمَوْلَى إِذَا زوج عبده وعَلَيْهِ دينٌ مسـتغرقٌ صحَّ ولزمه المهر، وَكَذَلِكَ الأخ تزوج وَلَيْسَ لَهُ ولايةٌ عَلَى مال، والوصي لَا يزوج، وفصل النكاح من خواص الْكِتَاب.

وذكر مسألة الشهادة عَلَى سرقة البقرة إِذَا اختلف الشاهدان فِي لونها فذكر أَنَّ أحدهما [شـهد][1] أَنَّها سوداء، وشهد الآخر أَنَّها حمراء، وَهَذَا يؤيد طريق التشابه

(١) فِي ب

لَا طريق الاجتماع، لِأَنَّ السواد والحمرة قل ما يجتمعان، ولكنَّهما يتشابهان، وَهَذَا الوضع من الخواص، وَلَمْ يذكره فِيمَا سبق أَيْضاً

٨٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ فِي يَدِهِ ثَلَاثُ حُجَرٍ مِنْ الدَّارِ وَلِآخَرَ ثَلاثٌ عِنْدَ بَابِ الدَّارِ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: هِيَ دَارِي؛ قَالَ: السُّفْلَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِهِ.

يريد بالسفل الساحة، لِأَنَّ استعمالهما للساحة سواءٌ، وما في يد كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَهُوَ المنفرد بِهِ، وَهَذَا الوضع من الخواص.

٨٦٥- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي ثَوبٍ فِي يَدِ رجلٍ وَطَرَفُهُ فِي يَدِ آخَرَ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقُولُ هُوَ لِي، قَالَ: هُوَ بَينَهُمَا نِصْفَانِ.

لِأَنَّ صاحب الطرف ممسكٌ للثوب بِمَا يصلح للإمساك كالآخر، والزيادة من جنس الحجة لَا يوجب الزيادة فِي الاستحقاق، كمدعٍ أقام شاهدين يساوي من أقام أربعة أَوْ ستة، قَدْ ذكرنا أَنَّ الشهادة بيدٍ ماضيةٌ غير مذكورة مقبولة، فإن غيَّر الشهادة بأن فُلَانَاً مَاتَ وَهُوَ فِي يَدِهِ يقبل، ذكره عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ ههنا، لِأَنَّ اليد عند الموت يدٌ وَاحِدَة غير متنوعة، وَهِيَ يد ملكٍ فوجب القضاء بالملك.

٨٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هَذِهِ الْجَارِيَةَ، وَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: لَمْ أَبِعْهُ هَذِهِ قَطُّ، فَأَقَامَ

الْمُشْــتَرِي[1] بَينَــةً علَى الشِرَّاءِ وَبِهَا أُصبُعٌ زَائِدَةٌ، وَقَــالَ الَبائِعُ: قَدْ بَرِئتُ إِليكَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً؛ قَالَ: لَا أَقْبَلُ بَيِّنَةَ البَائِعِ.

وَقَــدْ ســبق أنَّ البينة عَلَى القضاء يقبل من الشــهود عَلَيْــهِ بالدين بعد جحود الدين، والفرق بينهما أنَّ التوفيق ممكنٌ، لِأَنَّ الرَّجُل قَدْ يَقْضِي وإِنْ كَانَ باطلًا دفعاً لظلــم الطالــب، فأمَّا ههنا فإنَّ التوفيــق غير ممكنٍ لِأَنَّ البراءة عــن كل عيبٍ تغييرٌ لصفــة البيع عن اقتضاء الســلامة إِلَى غيــر ذَلِكَ، وَذَلِكَ أمــرٌ لَا يُتصور قبل وجود البيع، فَإِذَا بطل التوفيق لزِم التناقض فبطلت الدَّعْوَى.

[والله أعلم بالصواب والموفق عَلَى تمام الْكِتَاب][2].

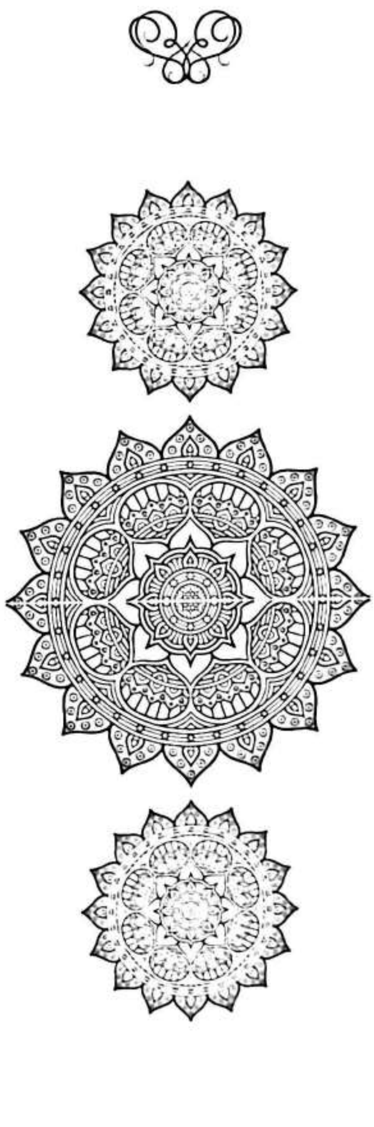
(١) فِي ب: المدعي

(٢) فِي ب



١٩- كِتَابُ(١) الْوَكَالَةِ

(١) فِي ب: كِتَاب.



٨٦٧- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، قَالَ: يَجُوزُ وَكَالَةُ الرَّجُل فِيمَا يَجِبُ مِنْ حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ فِي إِقَامَةِ الشُّهُودِ؛ فَإِذَا جَاءَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يُقتص فِيهِ أَوْ يُؤخذ بالحد لَمْ يأخذ إِلَّا الولي. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يقبل وَكَالَةً فِي حَدٍّ[1] وَلَا فِي قِصَاصٍ فِي إِقَامَةِ شُهُودٍ وَلَا فِي غَيْرِ ذَلِكَ.

وقول محمد رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ المسألة مضطربٌ.

أَمَّا التوكيل فِي استيفاء القصاص فإنَّما لَا يَجُوزُ إِذَا غاب الموكل لاحتمال العفو، فأمَّا عند حضرته فَلَا بَأْسَ باستيفاء الوكيل لفقد الشبهة، وَفِي الحدود لَا يُستوفى الحد [عند غيبة المقذوف][2]، وعند غيبة المسروق مِنْهُ، لِأَنَّ المسروق مِنْهُ يصير مقضياً عَلَيْهِ عند استيفاء الحد بسقوط عصمة الْمَال فَلِذَلِكَ شرطت حضرته، وَكَذَلِكَ فِي حد قطع الطَّرِيق، وَكَذَلِكَ فِي حد القذف، أَمَّا فِي حد قطاع الطَّرِيق فَلَمَّا قلنا.

ووجهٍ آخر لجمع الكل وَهُوَ أَنَّ القَاضِي مأمورٌ بدرء الحدود والقصاص، وَفِي حضرة صاحب الحق درء ذَلِكَ كله، لِأَنَّهُ إِذَا عاين العقوبة ربما لحقه رحمة عَلَى الجاني فيعفو إِنْ كَانَ للعفو مدخل، أَوْ ينكر الحجة ويكذب الشهود فيبطل الحد، وَمَا أَدَّى إِلَى الدرء فَهُوَ واجبٌ العمل بِهِ.

---

(١) فِي ب: حدود

(٢) فِي ب

وَأَمَّا فِي الإثبات فوجه قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ أنَّ الوكيل بِمَنْزِلَةِ البدل عن الأصل، وَلَا مدخل للبدل فِي هَذَا البَابِ، كالبدل فِي الحجة وَهُوَ الشهادة عَلَى الشهادة وشهادة النِّسَاء، وَكَذَلِكَ البدلية فِي السبب مانعة كإشارة الأخرس الَّتِي هِيَ بَلْ عن العبارة، وَلَا يقام بِهَا الحد، فَكَذَلِكَ ههنا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أنَّ التوكيل تناول ما لَيْسَ بحد وَلَا يضاف إِلَيْهِ الحد وَهُوَ الخصومة. لِأَنَّ الحدَّ يجب بسبب وجوبه وينسب الوجوب فِي مجلس الحكم إِلَى الحجة، فأمَّا الخصومة فشرطٌ محضٌ لَا حظ لَهَا فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ، فأشبهت سائر الحقوق.

من مشايخنا ﷺ من قَالَ: هَذَا الاختلاف فِي حال غيبة الموكِل، فأمَّا فِي حضرته فجائزٌ بلا خلاف، لِأَنَّ كُلَّ كلامٍ من الوكيل عند حضرة الموكل فَإِنَّهُ ينتقل إِلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ عهدة عَلَى المتكلم كما سبق فِي النكاح[1].

(١) فِي أ: الإنكاح

[بَابُ الْوَكَالَة بِقَبْضِ مَالٍ أَوْ عَبْدٍ]

٨٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ لَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ عَبْـدٌ فَوَكَّلَ رَجُلاً يَقْبِضُهُ، ثُمَّ غَابَ الْمَوْكِّلُ، فَأَقَامَ الَّذِي فِي يَدِهِ العَبْدَ البَيِّنَةَ أَنَّ صَاحِبَ العَبْد بَاعَهُ العَبْدَ؛ قَالَ: أُوقِفُهُ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ.

وَكَذَلِـكَ الطلاق والعتـاق إِلَّا الدين، فإِنَّ رَجُـلاً لو كَانَ لَهُ عَلَـى رَجُلٍ دينٌ فوكل رَجُلاً بقبضه فأقام الَّذِي عَلَيْهِما الدين بينة أَنَّهُ قَدْ أوفاه، قبلت بينته، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ومحمد ﷺ: هَذَا والأول سـواءٌ، [أي لَا يقبل بينته فِي وجه الوكيل، لِأَنَّهُ لَيسَ بخصم، لِأَنَّ التوكيل تعلق بالقبض دون الخصومة](١).

وجه قولَهُما: إنَّ الوكيل لَا يعدو عما وكل بِهِ، والخصومة لَيْسَتْ من القبض فِي شَيْءٍ كما فِي العين، وكما فِي الْمَأْمُور يقبض الدين.

ولأَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ: إِنَّ هَذَا وكيـلٌ بالتمليك والتملك، فَصَارَ خصماً كالوكيل بِالشِّرَاءِ، والوكيل يأخذ الدار بالشفعة إِذَا قامت عَلَيْهِ البينة أَنَّ الموكل سلم الشفعة صحت، وقضى بِذَلِكَ.

وَإِنَّمَـا قلنا هَـذَا لِأَنَّ المقبوض بالدين غيره، فيصيـر للقبض حكم المبادلة، وَإِذا كَانَ يفارقهـا مِـنْ وَجْهٍ، فَإِنَّهُ يصح مِنْ غَيْرِ تراضٍ، لِأَنَّهُ يشـبه قبض أصل حقه

(١) فِي ب

مِنْ وَجْهٍ، وَهُوَ كالوكيل بِالْأَخْذِ بالشفعة فَإِنَّهُ يفارق الشراء من وجوه، وَهَذَا بِهِ أشبه فَأَنْ يَكُونَ خصماً قبل الأخذ، وَكَذَلِكَ هَذَا، فأَمَّا الوكيل بِالشِّرَاءِ فإِنَّما يصير خصماً بعد المباشرة للشراء، فَلَمْ يكن نظير مسألتنا.

فأَمَّا الوكيل بقبض العين فَلَيْسَ بوكيلٍ بالمبادلة فَصَارَ أمينا محضاً وصار رسولًا فَلَا يقبل عَلَيْهِ البينة، والقياس أن لَا يوقف لبطلان البينة، وَفِي الاستحسان يوقف لِأَنَّ الوكيل فِي نفس القبض قائمٌ مقام الموكل فَصَارَ خصماً فِي إبطال عين القبض، حَتَّى إِذَا حضر الغائب وجب إعادة البينة، وَفِي ذَلِكَ احتياط أَيْضاً.

وَكَذَلِكَ الوكيل ينقل العَبْد أَوْ الأمة أَوْ الْمَرْأَة إِذَا أقام العَبْد بينة بالعتق أَوْ الأمة بِهِ أَوْ الْمَرْأَة بالطلاق الثَّلَاث فَذَلِكَ كله عَلَى ما قلنا، والاستحسان والقياس ذكر فِي باب الْوَكَالَة.

٨٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مالٌ فَوَكَّلَ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ فِيهِ، فَأَقَرَّ الوَكِيلُ فِي مَجْلِسِ القَاضِي أَنَّ الْمُوكِّلَ قَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ، قَضَى عَلَيْهِ بِإِقْرَارِ الوَكِيلِ، وَإِنَ أَقَرَّ بِذَلِكَ عِنْدَ غَيرِ القَاضِي فَشَهِدَ شَاهِدَانِ بِذَلِكَ عِنْدَ القَاضِي لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ، إِلَّا أَنَّ الوَكِيلَ لَا يَقْضِي لَهُ بِدَفْعِ الْمَالَ إِلَيْهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: إِقْرَارُهُ عِنْدَ القَاضِي وَغَيرِهِ سَواءٌ، وَهُوَ لازِمٌ لِلمُوكلِ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحَ أَصْلاً وَهُوَ قَوْلُ زُفَر رحمه الله[١].

---

(١) وهذه المسألة الأولى من المسألتين التين ذكر فيهما محمد رحمه الله الاستحسان والقياس.

لِأَنَّ الخصومة عبارةٌ عن المنازعة والإقرار ضدها فَلَا يدخل تحت ما يضادها.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَمْلِك الصلح والإبراء؟

قَـدْ يصـح أن ينفرد هَـذَا المعنـى بالتوكيل كما لو اسـتثنى الإقـرار، ووجه الاستحسـان: أنَّ الإقـرار يصلح جواباً للخصـم فيدخل تحت مطلـق الْكِتَاب[١] بالخصومة كالإنكار، والجواب عما قَالَ: إنَّ التوكيل إِنَّمَا يصح فِيمَا يملكه الموكل شـرعاً، ويحمل عَلَيْـهِ مطلق تصرفه، وَذَلِكَ فِي بيان الحـق، ويحمل أمره عَلَى أَنَّهُ خفـيٌ عَلَيْهِ ففوض الأمر إِلَى من لَهُ بصر بالحـق ليعمل فِيهِ بِمَا يتضح لَهُ من الحق هُـوَ الواجب، [وَهَذَا هُـوَ الجواب][٢]، وَهُوَ الَّذِي يظن بالمسـلمين، فأَمَّا إِذَا نص عَلَى ذَلِكَ فإنَّ عند أَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يصح الاستثناء، وعند محمد رَحِمَهُ اللَّهُ يصح عند النَّـص لاحتمال أَنْ يَكُونَ حقاً، وعند الإطـلاق يحمل عَلَى ما هُوَ الْأُولَى، وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُـفَ رَحِمَهُ اللَّهُ بأَنَّ الوكيل قائم مقام الموكِل، وإقرار الموكِل لَا يختص بمجلس الحكم، فَكَذَلِكَ إقرار الوكيل.

والجـواب: أَنَّ الإقرار غيـر منصوصٍ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تناوَلَـهُ لاعتبار أَنَّهُ جواب الخصـم، فانطلق عَلَيْهِ اسـم الخصومة، وَذَلِـكَ أَنَّ الإقرار غير منصـوص، وَإِنَّمَا تناوَلَـهُ لاعتبار أَنَّـهُ جواب الخصم إِذَا ثبت عند القَاضِي خـرج الوكيل من الْوَكَالَة لِأَنَّهُ مع إقرار لَا يصلح للخصومة، وقولَهُ هنا: (لَمْ يقض بدفع الْمَال إِلَيْهِ) نصٌ عَلَى خروجه من الْوَكَالَة، وَهَذَا مِنْ الخواص.

---

(١) فِي ب: الْكِتَاب

(٢) فِي ب

٨٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ فَكَفِـلَ بِـهِ رَجُلٌ، فَـوَكَّلَ الطَّالِبُ الكَفِيلَ بِقَبْـضِ الْمَالَ مِـنْ المَطْلُوبِ؛ قَالَا: يَكُونُ وَكِيلاً فِي ذَلِكَ أَبَداً.

ونظير هَذَا فِي المأذون، الْمَوْلَى إِذَا أَعْتَقَ عبده وعَلَيْهِ دينٌ كثير صَارَ قدر قيمته عَلَـى الْمَوْلَـى والعبد مطالب بجميع الديـن كأنَّه كفيلٌ عن العَبْـد، قَالَ: فإن وكله الطالب بقبض الْمَال من العَبْد كَانَ باطلًا، وإِنَّما بطل لِأَنَّ معنى الْوَكَالَة القيام بحق غير الوكيل عَلَى سـبيل الْأَمَانَة، والكفيل إِنَّمَا يسعى فِيمَا ينتفع بِهِ، لِأَنَّهُ يُبرئ نفسه بقبض الْمَال من المطلوب فبطلت[1] لعدم ركنها والله أعلم.

٨٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ يُنْفِقُهَا عَلَى أَهْلِهِ فَأَنْفَقَ عَشْرَةً مِنْ عِنْدِهِ؛ قَالَ: يَكُونُ لَهُ العَشْرَةُ بِعَشْرَتِهِ. وَهَذَا استحسانٌ[2].

ذكره فِي كِتَاب الْوَكَالَة، ووجه القياس: أَنَّهُ خالف الوكيلُ الأمر فَصَارَ متبرعاً فيرد مـال الموكل، ووجه الاستحسـان: أنَّ الوكيـل بالإنفاق وكيلٌ بِالشِّـرَاءِ لِأَنَّ معنى النفقة شـراء ما يحتاج إِلَيْهِ، فيجب عَلَى الوكيل الثَّمَن لِلبَائِعِ، ويجب لَهُ عَلَى

(١) وَلَا يقال عَلَى هَذَا ربّ الدين إِذَا وكله بإبراء باقي ذمة الأصيل يجوز، لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بتوكيل حقيقة لأنّه لَيْسَ بتمليك، وإنما هُوَ إسقاط محض حَتَّى لَا يحتاج إِلَى القبول. حاشية أ

(٢) وهذه المسألة الثانية الَّتِي ذكر فِيهَا محمد ﷺ الاستحسان.

الموكِّل، فَإِذَا قَضَى ما عَلَيْهِ من خاص ماله صحَّ، وملك اسـتيفاء ماله عَلَى الموكِّل من مال الموكِّل.

وَقَالَ بعض مشـايخنا: مسـألة كِتَاب الْوَكَالَة فِي قضاء الدين وَلَيْسَ فِيهِ معنى الشراء، والإنفاق شراء، فَلَمْ يدخل فِي مسألة الإنفاق القياس، بَلْ هُوَ صحيحٌ قياساً واستحساناً.

[بَابُ الْوَكَالَة بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ]

٨٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلاً أن يَشْتَرِي لَهُ عَبْدَينِ بِأَعْيَانِهِمَا، وَلَمْ يُسَمِّ ثَمَناً فاشْتَرَى لَهُ أَحَدُهُمَا؛ قَالَ: جَائِزٌ، وَإِنَ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيهُمَا بِأَلْفِ دِرْهَم فَاشْتَرِي أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمائَة أَوْ أَقَلَّ، وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ فَهُوَ جَائِزٌ. فإن اشْتَرَى بِأَكْثَرَ لَمْ يَلْزَمْ الآمِرُ إِلَّا أن يَشْتَرِي الآخَرُ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: إِذَا اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِأَكْثَرَ مِنْ خَمْسِمائَةٍ بِمَا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ وَقَدْ بَقِي مَا يُشْتَرَى بِمِثْلِهِ العَبْدُ البَاقِي فَهُوَ جَائِزٌ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَقَدْ قيل إنَّ ما حُكي عنهما تفسير قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فيكون معنى ما قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: إِذَا كَانَتْ الزيادة مَالاً يتغابن فِيهِ الناس، وقيل بَلْ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لَا يَمْلِك الزيادة عَلَى الخمسمائة.

وَإِنَ قلت أَمَّا إِذَا لَمْ يسم الثَّمَن فلأنَّ التوكيل مطلقٌ، وَقَدْ يتفق الجمع وَقَدْ لَا يتفق، فوجب إجراؤه عَلَى إطلاقه بعد أن يشترى بمثل قيمته أَوْ بنقصان يتغابن فِيهِ الناس.

ووجه قولَهُما: إنَّ التوكيل حصل مطلقاً مِنْ غَيْرِ تقييد بالخمسمائة، والمطلق يحمل عَلَى المتعارف وَهُوَ تحصيلها بشرط أن لَا يلحق بِهِ غبناً فاحشاً، وَذَلِكَ فِيمَا قلنا.

ووجـه قول أَبِـي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ مطلق المقابلة للألف بعبدين قيمتهما سـواءٌ يكـون دلالة عَلَى التنصيف كما فِي شـراء العبدين بِأَلْفٍ، ولمـا كَانَ كَذَلِكَ ألحق بالنَّـص فِـي ذَلِكَ، والنَّص عَلَى الخمسـمائة لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَـا حجرٌ عن الزيادة، فَكَذَلِـكَ ههنا، فأمَّـا إِذَا لَمْ يختصما حَتَّى اشْـتَرَى الباقي فإنَّ ذَلِـكَ كله ينفذ عَلَى المـوكل، وَهَذَايجب أَنْ يَكُونَ استحسـاناً، وَفِي القياس لَا ينفـذ لِأَنَّ الخلاف قَدْ ثبت، ووجه الاستحسـان: إنَّ العمل بالصريح أحق من العمل بالدلالة، والموكل صرح بتحصيل العبدين جَمِيْعَاً بالألف، ودل كلامه عَلَى التقسـيم فعملنا بالدلالة، فَإِذَا اشْتَرَى الباقي بِمَا بقي من الْمَال فَقَدْ جاء، أوان الصريح فبطلت الدلالة، وَعَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ يسـتوي أن يزيد عَلَى الخمسـمائة ما يتغابن فِيهِ الناس أَوْ مَا لَا يتغابن فِيهِ الناس، لِأَنَّ الَّذِي قلنا لَا يوجب الفصل.

أَلَا تَـرَى أَنَّ التقدير يمنع الزيادة قلـت أَوْ كثرت، واعتبار الصريح لَا يوجب الفصل أَيْضَاً؟

٨٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلَاً أَنْ يَبِيعَ عَبْدَهُ فَبَاعَهُ بِقَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ، قَالَ: جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَهُ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ.

وجـه قولَهُما: إنَّ المطلـق من الأمر ينصـرف إِلَى المتعـارف، والبيع بغبنٍ فاحشٍ خارج عن العادة فَلَا ينصرف إِلَيْهِ كما قلنا فِي الشـراء، وكما قلنا فِي شـراء الفحم والجمد.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الأمر بِالْبَيْعِ عامٌ فِي حق الثَّمَن فوجب العمل بِهِ كما لو حلف لَا يبيع فأيُّ بيع فعله حنث، فَكَذَلِكَ ههنا، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ البيع اسمٌ ينطلق عَلَى المبيع والثمن.

والجواب: أنَّ التخصيص بالعادة باطلٌ، لِأَنَّ دليل الخصوص يشبه الاستثناء فِي الحكم، والاستثناء لَا يَكُون إِلَّا بنصٍ موصولٍ بِهِ، وَلَا يلزم مسألة شراء الفحم والجمد لِأَنَّهُ مطلقٌ فِي حق الْوَقْت لَا عام.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ ساكت عَنْهُ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يتناول إِلَّا واحداً فَإِذَا صَارَ التعارف مراداً لَمْ يبق غيره مراداً؟ فأمَّا هَذَا فعامٌ، وَكَذَلِكَ الأمر بِالشِّرَاءِ وقع خاصاً لِأَنَّ الأمر إِنَّمَا يصح فِي مِلْكِ الآمر، والشراء يلاقي مال البَائِع وذمة الْمَأْمُور وَلَا ملك فِي ذَلِكَ لِلْآمِرِ فَصَارَ العمل بِهِ ضرورياً وَلَا عموم فِي الضروريات، فَإِذَا صَارَ المتعارف مراداً لَمْ يثبت غيره، وَلَيْسَ كاليمين لِأَنَّ صحة الْيَمِين لَا يعتمد الملك، وَإِنَّمَا يعتمد تصور الخبر، فَصَارَ الشراء فِي العموم كالبيع.

٨٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَأْمُرُ الرَّجُل بِبَيْع دَارِهِ فَيَبِيعَهَا بِعُرُوضٍ؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا أن يبيعها بِدَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِير.

لِأَنَّ المطلق لَا يتناول المقيد، والأمر يتناول البيع، وَهَذَا شراءٌ مِنْ وَجْهٍ، وَكَذَلِكَ البيع بالغبن الفاحش تبرعٌ مِنْ وَجْهٍ، ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ صاحب الحق عم الأمر، والعام فِيهَا يتناوَلُهُ، وَلَهُ النَّص كالخاص فوجب العمل بِهِ فِي كل ما يتناوَلَهُ كما لو سماه خاصاً.

والجـواب: أنَّ البيع بالعروض فِي جانب هَذَا المبيـع بيعٌ محضٌ، [وَكَذَلِكَ البيـع بالغبن بيعٌ محضٌ فِي جانب المبيع حَتَّى تجبُ فِيهِ الشـفعة][1]، وَلَمْ تشـرع الشفعة إِلَّا فِي بيعٍ محضٍ، ويحنث بِهِ فِي الْيَمِين، والمقيد لَا يدخل تحت المطلق فِي الأيمان أَيْضاً.

٨٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَبِيعَ عَبْدَهُ فَبَاعَ نِصْفَهُ أَوْ عُشْرَهُ؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنْ يَبِيعَ البَاقِي قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا.

وهذه بناءٌ عَلَى هَذَا الأصل لأنهما اعتبرا العادة، وبيع الأشـقاص غير معتاد، لِأَنَّ ذَلِـكَ ينقص الثَّمَن ويبقـي الباقي معيباً، واعتبر أَبُو حَنِيفَـةَ ﷺ العموم وَذَلِكَ يتناول المفترق والمجتمع.

وَقَالَ فِي الوكيل بِشِـرَاءِ عبد: إِذَا اشْـتَرَى نصفه لَمْ يلزم الآمرَ إِلَّا أن يَشْـتَرِي الباقي قَبْلَ أَنْ يختصما.

لما قلنا إِنَّ العموم سـاقط فِي جانب الآمر بِالشِّرَاءِ فَلَمْ يثبت إِلَّا المعتاد، فإن شرى الباقي جَازَ لِأَنَّ التفرق قَدْ يكون معتاداً فِي التركة[2] تكون بين جماعة فيتفق شراء حصة البعض ثم يتكلف بِشِرَاءِ حصة الباقي وَلَا يتفق حمله، وَإِنَّمَا يعرف هَذَا القصد والضرورة بِشِرَاءِ الباقي.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: الشَّرِكَة

فَإِذَا اشْـتَرَى الباقي تثبت هَذِهِ الضرورة وظهر أَنَّهُ لَمْ يخالف المعتاد فألزمناه الآمـر إِلَّا أَنْ يَكُـونَ القَاضِي قَضَى بأنـه لِلْمَأْمُورِ قبل ذَلِكَ فَـلَا ينقض قضاؤه لِأَنَّهُ قَضَى بدليله فَلَمْ يبطل.

٨٧٦- قَـالَ عن أَبِي حَنِيفَـةَ ﵁ فِي العَبْد الْمَحْجُورِ وَالصَّبِي الَّذِي يَعْقِلُ أَمَرَ أَحَدُهُمَا رَجُلاً أَنْ يَبِيعَ لَهُ عَبْداً فَبَاعَ لَهُ قَالَ: جَائِزٌ والعُهْدَةُ عَلَى الآمِرِ.

أَمَّا جواز بيع المحجور عَلَيْهِ فَلَا يشكل لِأَنَّهُ أَهْل للعقد لكونه مخاطباً، وَإِنَّمَا يمنـع لما يتصل بالْمَوْلَى مـن الضرر وَلَا ضرر فِي العبادة، وَإِنَّمَا الضرر فِي العهدة فرفعنا العهدة وأطلقنا التصرف والبيع يحتمل هَذَا التقسيم.

أَلَا تَرَى أَنَّ الرسول فِي البيع لَا عهدة عَلَيْهِ؟

وَأَمَّا الصبي فَإِنَّهُ يصح عقده عندنا أَيْضَاً خلافاً للشـافعي ﵀ لإجماعنا عَلَى أَنَّ الصغر لَا ينافي[1] صحة العبادة فِي الجملة لوجود الأهلية وإِنْ كَانَتْ قاصرة.

وَفِي إطلاق التصرف نظرٌ محضٌ وَهُوَ تحقيق الأهلية والممارسة فِي التِّجَارَةِ، والصبـي غير محجـورٍ عن النظر، وَفِي العهـدة ضررٌ فَلَا يلزمه، فَـإِذَا تعذر إيجاب العهدة عَلَى العاقد وجب أن يُلزم الآمر كما فِي العقد الَّذِي لَا عهدة فِيهِ عَلَى العاقد.

٨٧٧- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁: فِي رَجُلٍ وكَّل رَجُلَيْنِ بِالخُصُومَةِ فِي دَيْنٍ ادَّعَاهُ عَلَى رَجُـلٍ بِقَبْضِهِ، قَـالَ: لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُخَاصِمَ دُونَ صَاحِبِهِ وَلَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعَـاً، أَمَّـا فِي الخُصُومَةِ فَإِنَّ زُفَـرَ ﵀ قَالَ: لَا يَصِحُّ الانْفِـرَادُ لِأَنَّهُ تصرفٌ مُفْتَقِرٌ إِلَى الرَّأْي، وَلَا يَحْتَمِلُ الانْفِرَادَ كَالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ.

---

(١) فِي ب: يمنع

ووجـه قولنـا: إنَّ المعهود بين الناس هُـوَ الانفراد بالتكلـم صيانة لمجلس القَاضِـي وتحرياً للصواب، لِأَنَّ الحق يخفى عنـد الازدحام، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ صَارَ الانفـراد الَّذِي بِهِ يتوصل إِلَى البيـان وتعظيم حرمة القضاء هُوَ المراد بدلالة الدين والعقـل، والجـواب: إنَّ التفـاوت فِي الرأي لَا فِـي التكلم، وعندنا إِنَّمَا يُسـوّيان الأمريـن أيهمـا، وَإِنَّمَا ينفـرد بالتكلم وفيمـا لَا يحتمل الرأي والمشـورة وَهُوَ ما يُعرض فِي أثناء الخصومة.

وَأَمَّا القبض فَإِنَّهُ صرَّح بِهِ فِي التوكيل احتياطاً، لِأَنَّ الوكيل بالخصومة يَمْلِك القبض عندنا استحسـاناً، لِأَنَّ ذَلِـكَ تتميمٌ للخصومة ومرادٌ بِهَـا، وَإِنَّمَا نص عَلَيْهِ احتياطاً.

أَلَا تَـرَى أَنَّ مشـايخنا قالـوا فِي الوكيـل بالخصومة فِي زماننا أَنَّـهُ لَا يؤتمن بالقبـض؟ وَهَذَا ظاهـرٌ لَا يخفى فِي الوكـلاء فِي مجلس القضـاة، وَهُوَ كالوكيل بالتقاضي أَنَّهُ وكيلٌ بالقبض فِي جواب كِتَاب الْوَكَالَة.

وَقَدْ قَالَ مشـايخنا: أَنَّهُ لَا يقبض شَـيْئاً، وإِنْ كَانَ التقاضي والاقتضاء سـواءٌ فِي اللغة، لكن العادة جرت بخلاف ذَلِكَ فِي بلادنا[1]، فجُعل التقاضي مسـتعملاً فِـي المطالبة مجازاً لِأَنَّهَا سـبب الاقتضاء، فصـارت الحقيقة مهجـورة، فَكَذَلِكَ الخصومـة لَا تتنـاول القبض فِي غَيْرِ موضـع العادة، وَإِذا ثبت حـق القبض لَهُمَا بالصريـح لَمْ يَمْلِك أحدهما بالانفراد لأَنّـه أمرٌ يختلف بالرأي، وَلَيْسَ فِي الانفراد ضرورة فَلَا يصح الانفراد.

---

(١) فِي زمانِنا

٨٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي العَبْد يأمر الرَّجُلَ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ نَفْسَهُ مِنْ مَوْلَاهُ بِأَلْفِ دِرْهَم فَيَدْفَعُهَا إِلَيْهِ فيَشْتَرِي بِهَا الرَّجُل؛ قَالَ: إِنْ قَالَ اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِهِ وَبَيَّنَ ذَلِكَ فَالعَبْدُ حُرٌّ وَوَلَاؤهُ لِلمَوْلَى كَانَ العَبْدَ هُوَ اشْتَرَى نَفْسَهُ، وَإِنْ لَمْ يُبَينْ ذَلِكَ لِلمَوْلَى فَالعَبْدُ لِلْمُشْتَرِي، وَالأَلْفُ لِلبَائِعِ، وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَلْفُ دِرْهَم مِثْلُهَا.

[هَذَا يبين أنَّ العَبْد قَدْ يكون لَهُ دينٌ واجبٌ لِأَنَّ العَبْد صَارَ كالوكيل الَّذِي ضمن الْمَال المفقود][(١)]

وأصله: أنَّ بيع العَبْد من نفسه إعتاق وشراء العَبْد نفسه قبول الإعتاق أَيْضاً، ومطلق الشراء من الوكيل معاوضة وبيعٌ محضٌ فَلَا يصلح امتثالًا بالأمر.

واحتجنا إِلَى التقييد ليصلح امتثالًا بالأمر، فَإِذَا أطلقه وجب العمل بحقيقته فوقع للوكيل فَصَارَ المفقود مضموناً عَلَيْهِ، وصار مَمْلُوكاً لَهُ لما ضمن فَلِذَلِكَ سلم لِلبَائِعِ، بخلاف العَبْد يقبل بِنَفْسِهِ لِأَنَّ العمل بالحقيقة فِي حقه غير ممكنٍ لِأَنَّهُ [وكيل][(٢)] لَا يصلح أن يَمْلِك الْمَال عَلَى وجه [لَا][(٣)] يحتمل العتق فصُرف إِلَى ما يحتمله [وَهُوَ العتق][(٤)].

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

(٤) فِي ب

٨٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، وفِي الرَّجُلِ يَقُولُ لَهُ الرَّجُلُ أَمَرْتُكَ أَنْ تَبِيعَ عَبْدِي بِالنَّقْدِ فَبِعتَهُ بِالنَّسِيئَةِ، وَقَالَ الْمَأْمُور: بَلْ أَمَرْتَنِي بِالْبَيْعِ وَلَمْ تَقُلْ شَيْئاً؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ.

الأمر قَدْ يكون مطلقاً ومقيداً، وَلَيْسَ عَلَى أحد الْوَجْهَيْنِ دلالة، وَإِنَّمَا يستفاد من جهة الموكِّل فوجب أن يجعل القول قولَهُ.

٨٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُضَارِبِ إِذَا قَالَ لَهُ رَبّ الْمَالِ: أَمَرْتُكَ بِالنَّقْدِ دَوْنَ مَا سِوَاهُ، وَقَالَ الْمُضَارِبُ: بَلْ دَفَعَتَ مُضَارَبَةً وَلَمْ تُبَيِّنْ شَيْئاً؛ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ.

لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ صحيحةٌ عند الإطلاق وَهِيَ أصلها، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو سمَّى [المضاربة][1] صحت؟

فَالْقَوْلُ قَوْلُ من تمسك بهذا الأصل، وَلَوْ كَانَ رَبّ الْمَالِ يَدَّعِي المضاربة فِي نوع مالٍ مسمَّى والمضارب يدعى ذَلِكَ فِي مالٍ آخر ونوعٍ آخر خاص كَانَ القول قول رَبّ الْمَالِ، لِأَنَّ العموم صَارَ ساقطاً باتفاقهما فأشبه مسألة الْوَكَالَة.

٨٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْف

---

(١) فِي ب

دِرْهَم فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِي بِذَلِكَ هَذَا العَبْدَ بِعَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَإِنْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَشْتَرِي بِذَلِكَ عَبْداً بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ فَدَفَعَهُ إِلَى الْآمِرِ فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ فِي يَدِ الْمَأْمُور مَاتَ فِي مَالِ الْمُشْتَرِي، والألف عَلَيْهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: هَذَا جائِزٌ لِلْآمِرِ لازمٌ لَهُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً.

التوكيل بِالشِّرَاءِ إِذَا أضيف إِلَى دينٍ عَلَى الوكيل فإِنْ كَانَ البَائِع متعيناً صحَّ التوكيل بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ اشتر من فلان أَوْ يكون المبيع بِعَيْنِهِ عند الآمر فيكون البَائِع متعيناً لَا محالة، وإِنْ كَانَ غير متعينٍ لَمْ يَصِحَّ التوكيل عند أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه وصح عندهما.

وَكَذَلِكَ السَّلَم إِذَا قَالَ: (أسلم مالي عليك إِلَى فلان) فِي كذا صحَّ، وَإِذا قَالَ: (من شئت) فعلى الاختلاف، احتجا بأَنَّ عقد الشراء لَا يتعلق بعين الدَّرَاهِم عيناً كَانَتْ أَوْ ديناً، فيصير التقييد بِهَا والإطلاق سواءٌ، كما قلنا فِي البَائِع إِذَا كَانَ معلوماً، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ من اشْتَرَى شَيْئاً بِدَرَاهِمَ عَلَى الْمُشْتَرِي[1] ثُمَّ تصادقا أَنَّ الدين لَمْ يَكُنْ يبطل الشراء ووجب مثلها، ولأَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أَنَّ هَذَا التوكيل صادف الباطل والتوكيل بالباطل باطلٌ، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ التوكيل حصل بتمليك الدين مِنْ غَيْرِ من عَلَيْهِ الدين، وَذَلِكَ باطلٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّ من اشْتَرَى شَيْئاً بدينٍ عَلَى غير الْمُشْتَرِي أَنَّهُ باطلٌ؟ وَكَذَلِكَ التوكيل بِهِ والدراهم تتعين فِي الْوَكَالَة.

أَلَا تَرَى أَنَّ الدَّرَاهِم إِذَا عينت فِي التوكيل بِالشِّرَاءِ فَهَلَكَتْ عند الوكيل أَنَّ التوكيل يبطل؟

---

(١) فِي ب: البَائِع

وَلَا يلزم إِذَا كَانَ البَائِع غائباً[1] لأنَّه يصير وكيلًا بالقبض ثُمَّ الشراء واقع بعده، فيصير كالتوكيل بِالشِّـرَاءِ مضافاً إِلَى العين، وَإِنَّمَا فعلنا هَذَا تصحيحاً وأمكن ذَلِكَ فِي العين، كما قلنا فِي هبة الدين مِنْ غَيْرِ من عَلَيْهِ الدين أَنَّهُ يجوز عَلَى هَذَا التقدير ولَا يَجُـوزُ البيـع، فَإِذَا صحَّ فِي العين هَلَكَ عَلَى الموكل فِـي يَدِ الوكيل، وَفِي غَيْرِ العين يلزم الوكيل عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، فإن دفعه إِلَى الموكل فإنَّما دفعه عَلَى تقدير التمليك فَصَارَ بيعاً بالتعاطي، وبيع التعاطي صحيحٌ عندنا فِي الأموال كلها عَلَى ما عزَّ فِيهِ وَمَا خسَّ سواء، لِأَنَّ العادة جامعةٌ.

٨٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَـرَ رَجُلاً أَنْ يَشْتَرِي لَهُ جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَم دَفَعَهَا إِلَيْهِ فَاشْتَرَاهَا، فَقَالَ الآمِرُ: إِنَّمَا اشْتَرِيتُهَا بِخَمْسِمِائَةٍ، وَقَالَ الْمَأْمُور: إِنَّمَا اشْتَرِيتُهَا بِأَلْفِ دِرْهَم؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَأْمُورِ.

لِأَنَّ حاصـل اختلافهما إِنَّمَا وقع فِي ضمان ما قبض، والمأمور مسـلّط عَلَى مـا قبض، فيكون القول قولَهُ إِذَا أخبر عما سـلط عَلَيْهِ مـع يمينه، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، ويحتمل فِي هَذِهِ المسـألة أَنَّ الْجَارِيَة تساوي خمسمائة أَوْ أَلْفاً، فإِنْ كَانَتْ تساوي خمسمائة فمن زعم البَائِع أَنَّ الأمر إِنَّمَا يتناول جارية تشترى بِأَلْفٍ وَلَمْ يتناول هَذِهِ فلزمتك، وَهِيَ تلزم الْمَأْمُور ههنا، لِأَنَّهُ يخالف سواء اشتراها بألف أَوْ بِخَمْسِمِائَة، وإِنْ كَانَتْ تسـاوي أَلْفاً [فَإِنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ ضمان الخمسمائة عَلَيْهِ، قَالَ: وَلَوْ كَانَ لَمْ يدفع إِلَيْهِ الألف][2] والمسـألة عَلَى حَالِهَا، فإنَّ القولَ قـولُ الآمر، وتلزم الْجَارِيَة

(١) فِي أ: عيناً

(٢) فِي ب

الْمَأْمُور، أَمَّا إِذَا كَانَتْ الْجَارِيَة تساوي خمسمائة فَلَا يُشكل أَنَّها تلزم الْمَأْمُور لِأَنَّهُ إنْ اشْتَرَاهَا بِخَمْسِمِائَة فَقَدْ خالف فِي المشترى، وإنْ اشْتَرَاهَا بألف فَكَذَلِكَ وزيادة، وَهُوَ أَنَّهُ أُلحق بالغبن الفاحش.

فأمّا إِذَا كَانَتْ الْجَارِيَة تساوي أَلْفاً، فإنَّ القولَ قولُ الآمر أي يتحالفان لأنّهما اختلفا فِي مقدار ما يجب للوكيل عَلَى الموكل، وهما فِي معنى البَائِع والْمُشْتَرِي يَخْتَلِفَانِ فِي مقدار الثَّمَن، لِأَنَّ الْمُشْتَرِي فِي الحقوق مشترٍ لِنَفْسِهِ ثُمَّ بائع فوجب التحالف بينهما، والذي يختص بالتحالف يمين البَائِع لَا يمين الْمُشْتَرِي، والآمر فِي معنى الْمُشْتَرِي فَلَمْ يثبت بذكر يمين الآمر دلالة التحالف فضُم[1] إِلَيْهِ قولَهُ، فتلزم الجاريةُ المأمورَ، وَلَوْ أنَّ المراد هُوَ التحالف للزمت الآمر لِأَنَّ الأمر إِذَا حلف، فَصَارَ الشراء بِخَمْسِمِائَة، والجارية تساوي أَلْفاً فَإِنَّهَا تلزم الآمر فثبت بِهِ أَنَّهُ أراد بِهِ أنّهما يتحالفان، فَإِذَا تحالفا نَقَضَ مِلك الآمر، ولزمت الْجَارِيَة لِلْمَأْمُورِ، والمسألتان مَعَاً من الخواص.

٨٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلَاً أن يَشْتَرِي لَهُ جَارِيَةً فَاشْتَرَاهَا؛ قَالَ: هِيَ لِلمَأْمُورِ، وَأَمْرُ الآمِرِ بَاطِلٌ.

وَقَالَ عَقِيبَهُ:

٨٨٤- مَسْأَلَةٌ أُخْرَى فِي الْمَأْمُورِ بِشِرَاءِ ثَوْبٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ [فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ،

(١) أي ضم فِي الرواية قولَهُ، ويلزم الجارية الْمَأْمُور حَتَّى فهمنا التحالف من هَذَا. حاشية أ

وَشَرَى بِهَا ثَوْبَاً إنَّه لِلْمَأْمُورِ، وعَلَيْهِ رَدَّ المائة إلَى صَاحِبِهَا][1] **أَنَّهُ إذَا اشْتَرَى ثَوْبَاً فَهُوَ لِلْمَأْمُورِ، وَأَمْرُ الآمِرِ بَاطِلٌ، وَكَذَلِكَ الدَّابَّةُ.**

وَقَالَ بعد هَذَا بمسائل:

٨٨٥- فِي رَجُلٍ أَمَرَ رَجُلَاً بِشِرَاءِ دَارٍ، فَاشْتَرَاهَا فَهِيَ لِلْمَأْمُورِ، وَالأَمْرُ بَاطِلٌ إلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ بِشِرَاءِ دَارٍ بِعَيْنِهَا أَوْ سَمَّى لَهُ الثَّمَنَ.

وأصله أنَّ الْوَكَالَة تحتمل الجهالة اليسيرة الَّتِي لَا تمنع الامتثال، وَلَا تحتمل الفاحش، وَقَالَ بشر المريسي[2]: لَا تحتمل شَيْئاً من ذَلِكَ، ويعتبر عنده التوكيل بِالشِّرَاءِ بِنَفْسِهِ، وَاحْتَجَّ بأنَّ ما يتناول التوكيل مجهولٌ بعد بيان الجنس فَلَا يصح كالتوكيل بِشِرَاءِ الثوب[3]، وَاحْتَجَّ أصحابنا رحمهم الله بحديث حكيم بن جذام رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِشِرَاءِ شاةٍ للأضحية، والشاة مجهولة النوع، لكن لما كَانَ ذَلِكَ لَا يمنع الامتثال صحّ جعله عفواً، ولأنَّ المراد بالأمر الامتثال والجهالة اليسيرة لَا تمنع الامتثال.

وحكي أن بشراً المريسي وكلَّ رَجُلَاً لِيَشْتَرِي لَهُ رأساً مشوياً فجعل يصفه

---

(١) فِي ب

(٢) بشر المريسي: المتكلم المناظر أبو عبد الرحمن بشر بن غياث بن أبي كريمة العدوي بالولاء، كَانَ من كبار الفقهاء، أَخَذَ عن القَاضِي أَبِي يُوسُفَ، وروى عن حماد بن سلمة وسفيان بن عيينة، وَهُوَ ممن قَالَ بخلق الْقُرْآن ودعا إِلَيْهِ، وَلَهُ غرائب فِي المذهب خالف فِيهَا، وروي أنه كَانَ يحضر مجلس أبا يُوسُفَ يصيح ويستغيث، وَقَالَ لَهُ أَبُو يُوسُفَ مرة: لَا تنتهي أَوْ تفسد خشبة، توفي سنة ٢١٨هـ تاريخ دمشق

(٣) فكما لَا يتحمل الجهالة فِي باب الشراء، فَكَذَلِكَ لَا يتحمل ههنا، وَهَذَا قياس. إيضاح حاشية أ

فَلَا يصير معلوماً للوكيل[1]، فذهب الوكيل فاشْـتَرَى بِمَا دَفَعَ إِلَيْهِ بشـرٌ من الثَّمَن، وحمله إِلَى منزله فأكله لِأَنَّ الرأس لَا يضبط فَلَمْ يصح التوكيل بسراية بحال عنده، فَصَارَ قولَهُ فِي خلاف الْإِجْمَاع والسنة وبالًا عَلَيْهِ.

[مطلب: في أنواع الجهالة]

والجهالـة أنواع، يليه فِيهَا الفاحشـة وَهِيَ ما كَانَتْ فِـي الجنس مثل التوكيل بِشِـرَاءِ الثـوب وَالدَّابَّـة فَلَا يصح وَإِنَ سَـمَّى الثَّمَـن، لِأَنَّهُ يصلح مـع كونه مقدراً لأجناس كثيرة.

والوجه الثَّانِي: ما كَانَ فِي النوع المحض مثل التوكيل بِشِـرَاءِ حمارٍ أَوْ فرسٍ أَوْ ثوبٍ نهودي وَهُوَ صحيحٌ مِنْ غَيْرِ تقدير الثَّمَن.

والقسـم الثالث: بين منزلة الجنس والنوع وَهُوَ التوكيل بِشِـرَاءِ عبدٍ أَوْ شراء جاريـةٍ أَوْ دارٍ فَإِنَّـهُ ملحقٌ بالجنس مِنْ وَجْهٍ، حَتَّى أن التوكيل بِشِـرَاءِ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ إعلام الثَّمَن باطلٌ ومخالفٌ للجنس مِنْ وَجْهٍ، حَتَّى إِذَا سـمَّى الثَّمَن صحَّ التوكيل لِأَنَّ الاختلاف بين العبيد والجواري أكثر من اختلاف سـائر الأنواع، وعادة الناس فِي شـراء ذَلِـكَ مختلفة، فَإِذَا لَمْ يسـم الثَّمَن أُلحق بمجهول الجنس، وَإِذا سـمي أُلحق بمجهول النوع.

٨٨٦- مسألة

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَمَـرَ رَجُلَاً أَنْ

(١) فعجـز عن إعلامـه بالصفة، فَقَالَ: اصنع ما بدا لك، فاشْـتَرَى وحمله إِلَى منزله وأكله مع عياله، ثم عاد إِلَى بشـر فَقَالَ: أنت ما قلت، قَالَ: قلت اصنع ما بدا لك، وَقَدْ بدا ما فعلت، فرجع عن هَذَا القول. مبسوط حاشية أ

يَشْـتَرِي لَهُ هَذَا العَبْدَ بِأَلْفِ دِرْهَم أَوْ لَمْ يسـم الثَّمَن فَاشْتَرَاهُ، فَقَالَ الآمِرُ: إِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ بِخَمْسِمِائَةٍ، وَقَالَ الْمَأْمُور: إِنَّمَا اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ وَصَدَّقَ البَائِعُ الْمَأْمُورَ؛ قَالَ: القَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ.

قَـالَ الفقيه أبو جعفر: هَذِهِ من الخواص، وَإِنَّمَا فارقت [هَذِهِ المسـألة][1] ما سـبق حَتَّى أوجب التحالف هنـاك وردُّ الْجَارِيَة عَلَى الْمَأْمُـور، وهنا ألزمها الآمر لِأَنَّ البَائِع هنا حاضرٌ مصدقٌ لِلْمَأْمُورِ فَصَارَ كإنشـاء البيع[2]، وبطل الاختلاف[3]، وهناك البَائِع غائبٌ، فاعتبر الاختلاف.

وَقَالَ الشـيخ أبو منصور رحمه الله يجب التحالف، وجواب الْكِتَاب يحتمله، لِأَنَّ الْمَأْمُـور بِمَنْزِلَـةِ البَائِع، ويميـن البَائِع هِيَ المخصوصة بالتحالـف فيكون ذَلِكَ عبـارةٌ عن التحالف وَهُوَ صحيـحٌ، لأنَّهما قَدْ اختلفا فِي مقـدار الثَّمَن وتصديق البَائِع بعد أن كَانَ اسْـتَوْفَى الثَّمَن، وَإِنَ لَمْ يسـتوفه فَكَذَلِكَ فِي حق الموكل لِأَنَّهُ لَا شغل بينهما، وذكر مسألة التوكيل بِالشِّرَاءِ أَنَّهُ لَا يَمْلِك الشراء بالغبن الفاحش عَلَى الموكل.

٨٨٧- وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه فِي الوكيل يبيع العَبْد إِذَا وكل غيره بِهِ: فإن بَاعَهُ الثَّانِي والأول حاضرٌ جَازَ، وإِنْ كَانَ غائباً لَمْ يجز، فَإِنْ بَاعَهُ رَجُلٌ غَيرُ

---

(١) فِي ب

(٢) لِأَنَّ الْوَكَالَـة لَمْ تنته لأن الموكل يقول: انتهى بتصرفك الْوَكَالَة، والوكيل يقول: اشـتريت بألـف، فتعارض قولاهما، والوكالة كَانَتْ باطلة والمزيـل ما ثبت يقيناً فيكون باقياً فيصير تصرفهما إنشاءاً. حاشية أ

(٣) فِي ب: البيع

الوكِيلِ فَبَلَغَ الوَكِيلَ فَسَـلَّمَ البَيْعَ، قَالَ: جَائِزٌ، وَقَالَ فِي الوكيل بِالشِّرَاءِ إِذَا وَكَّلَ غَيرَهُ بِهِ إِنْ اشْتَرَاهُ وَالأَوَّلُ حَاضِرٌ فَهُوَ لَازِمٌ لِلْآمِرِ.

لِأَنَّ المقصود من التوكيل الانتفاع برأي الوكيل لَا بعبارته، إذ الناس يتفاوتون فِي الرأي لَا فِي العبارة، فَإِذَا وكل غيره وغاب الْأَوَّل فَقَدْ عُدم رأي الْأَوَّل، وَإِنَ بَاعَ بحضـرة الْأَوَّل فَقَدْ حضر رأيه، وَإِنَّمَا فاتت عبارته، فَلَيْسَ بِذَلِكَ بأس، وَكَذَلِكَ إِذَا أجـازه فَقَدْ حضر رأيه أَيْضاً، وزاد فِي كِتَاب الْوَكَالَـة: إِذَا قدَّر الثَّمَن للوكيل الثَّانِي صحَّ وَإِنَ لَمْ يقعد بحضرته، لِأَنَّ رأيه قَدْ وجد، والله أعلم.

٨٨٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الذِّمِّيِّ أَوْ الْمُكَاتَبِ أَوْ العَبْدِ يُزَوِّجُ أَحَدُهُم بِنْتَهُ وَهِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ صَغِيرَةٌ؛ قَالَ: لَا يَجُوزُ.

لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ)(١)، والعبد لَيْسَ بولي، لِأَنَّهُ مُولًّى عَلَيْهِ ناقص الحال.

أَلَا تَـرَى أَنَّـهُ لَا يصلح شـاهداً وَلَا قاضياً وَلَا سـلطاناً؟ وَكَذَلِـكَ الْمُكَاتَب عبد وَمَا تثبت الولاية إِلَّا نظراً للعاجز وحقاً لَهُ عَلَى من هُوَ غنيٌ بكمال حالٍ شكراً لنعمة الغنى.

كنفقة العاجزين فَلَا يجب عَلَى من هُوَ فقيرٌ فِي حكم الولاية، وَكَذَلِكَ الكافر لَيْسَ من أَهْل الولاية عَلَى الْمُسْلِم.

---

(١) رواه أبـو داود/ ٢٠٨٧/، وابن ماجـه برقم/ ١٨٨٠/، البزار فِي مسـنده رقم/ ٢٦٦٦/، والبيهقي برقم/ ١٨٥٦/، والحاكم فِي المستدرك برقم/ ٢٧١٠/.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ من أَهْل الشهادة والحكم عَلَيْهِ؟ قَالَ: وَكَذَلِكَ لو اشْتَرَى لَهَا أَوْ بَاعَ لما قلنا، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: وَكَذَلِكَ المرتد عندنا إِذَا مَاتَ عَلَى ردته، وَكَذَلِكَ الحربي المستأمن لَا يَجُوزُ بيع أحدهم وَلَا شراؤه إِذَا كَانَتْ البنت صغيرة وَلَا تزويجها، أَمَّا الحربي فَإِنَّهُ أبعد من الذمي.

أَلَا تَرَى أَنَّ شهادته عَلَى الذمي لَا تقبل؟ وَأَمَّا المرتد فلأنَّ ولايته عَلَى أولاده موقوفة بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يبتني عَلَى معنى النظر، واتفاق الملة داع إِلَيْهِ، وَذَلِكَ مترددٌ لِأَنَّهُ معدومٌ للحال وَهُوَ عَلَيْهِ مجبورٌ فوجب الوقف، فَإِذَا قُتل عَلَى ردته استقرت جهة انقطاع الولاية فبطلت عقوده، وهذه مسائل الْوَكَالَة وتوقف الولاية فِي كِتَاب المأذون.

٨٨٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْوَصِّيِّ يَحْتَالُ[١] بِمَالِ الْيَتِيمِ الصَّغِيرِ؛ قَالَ: إِنْ كَانَ خَيْرَاً لَهُ جَازَ.

قَدْ قلنا فِي كِتَاب الْوَكَالَة أَنَّها بمعنى المبادلة حَتَّى استُحِق فسخها بفوت السلامة[٢]، وَفِي المبادلات يصرف الْوَصِيّ إِذَا كَانَ فِيهِ معادلة أَوْ غبن يسير جَازَ، وهنا اشترط أَنْ يَكُونَ خَيْرَاً لَهُ، وإنما وجب ذَلِكَ لِأَنَّ المشروع فِي حق الصبي الْيَتِيم نظر بِالْإِجْمَاعِ، والمقصود من الحوالة توثيق الدين وَلَا يحصل النظر من هَذَا الوجه إِلَّا أَنْ يَكُونَ المحتال عَلَيْهِ أملى من المحيل.

---

(١) أي يقبل الحوالة.

(٢) أي إِذَا نَوَى الْمَال عَلَى المحتال عَلَيْهِ تنفسخ الحوالة وتعود الدين إِلَى ذمة المحيل كما إِذَا هَلَكَ المبيع فِي يَدِ البَائِع ينفسخ العقد بفوت سلامة المبيع.

فأمَّا سائر العقود فإنَّ النظر بِهَا حاصلٌ باختلاف الأعيان إِلَّا أن يتضمن ضرراً يمكـن الاحتراز عَنْهُ، والغبن اليسـير لَا يمكن الاحتراز عَنْهُ، وأكّـد الْيَتِيم بالصغر لانطلاقه عَلَى البالغ.

٨٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ أَمَرَ رَجُلاً بِبَيْعِ عَبْدَهُ فَبَاعَهُ ثُمَّ أَخَذَ بِثَمَنِهِ كَفِيلاً؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ بِهِ رَهْنَاً فَضَاعَ فِي يَدِهِ لِأَنَّ الوكيل يَمْلِك الْأَشْيَاء وَذَلِكَ حقه، وَفِـي الْكَفَالَة وَالرَّهْن توكيـده فَلَمْ يصح الحجر، فَإِذَا ضَاعَ الرهن فِي يَدِهِ فَقَدْ صَارَ استيفاء وَذَلِكَ مملوكٌ لَهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو اسْتَوْفَى الثَّمَن بيده ثُمَّ هَلَكَ الثَّمَن فِي يَدِهِ كَانَ عَلَى الموكل؟

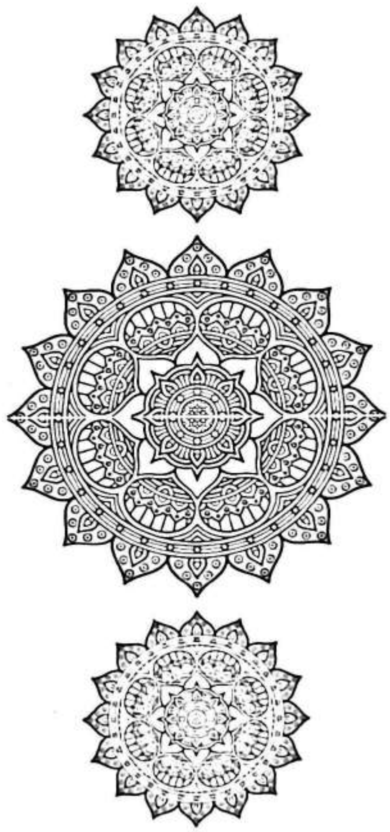
٨٩١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ أَمَرَ رَجُلَيْنِ أَنْ يَبِيعَـا عَبْدَهُ هَذَا بِأَلْفِ دِرْهَم فَبَاعَهُ أَحَدُهُمَا؛ لَـمْ يَجُزْ. وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَرَهُمَا أَنْ يَخْلَعَا امْرَأَتَهُ بِأَلْفِ دِرْهَم فَخَلَعَهَا أَحَدُهُمَا لَمْ يَجُزْ.

لِأَنَّ هَذَا امرٌ يحتاج فِيهِ إِلَى الرأي والتدبير، وَهُوَ إِنَّمَا رضي برأيهما، فَإِذَا انفرد أحدهمـا يبطل غرضه، وَكَذَلِـكَ الخُلع بالرأي والتدبير، فَـإِذَا فوض إليهما اعتمد رأيهما، وَلَا ينال برأي أحدهما ما ينال برأيهما فبطل الخلاف، والله أعلم.

٢٠- كِتَابُ[1] الدَّعْوَى

(١) فِي أ: باب.



٨٩٢- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَبْتَاعُ الْجَارِيَة فَتَلِدُ عِنْدَهُ وَلَداً، وَقَدْ كَانَ أَصْلُ الحَبَلِ عِنْدَ البَائِعِ، وَقَدْ أَعْتَقَ الْمُشْتَرِي الأُمَّ ثُمَّ ادَّعَى البَائِـعُ الولدَ، فَهُوَ ابْنُهُ، وَيُرَدُّ عَلَيْهِ؛ وَلَوْ أَعْتَقَ الْوَلَدَ ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الْوَلَد فَهُوَ ابْنُهُ وَيُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ أَعْتَقَ الْوَلَدَ ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِعُ فَدَعْوَتُهُ بَاطِلَةٌ.

وهذه المسألة عَلَى ثَلَاثَة أوجه:

إمَّـا أن يعلم أنَّ العلوق كَانَ فِي مِلْكِ البَائِعِ، أَوْ يعلم أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ، أَوْ وقع الشك فِيهِ.

فإن علم أنَّ العلوق كَانَ فِي مِلْكِهِ بأن اشْتَرَى جَارِيَةً فَظَهَرَ بِهَا حَبَل بعد سَنَتَيْنِ فِـي مِلْكِهِ فَوَلَدَتْ ثُمَّ بَاعَ الْوَلَد والأم، أَوْ بَاعَهَا قَبْلَ أَنْ تلد، فَوَلَدَتْ عند الْمُشْـتَرِي لِأَقَـلَّ مِنْ سِـتَّةِ أَشْـهُرٍ من حين الشـراء فَادَّعَـاهُ البَائِع صحت دعواه استحسـاناً، والقياس: أن تبطل دعواه، وَهُوَ قول زفر رحمه الله لِأَنَّهُ لما بَاعَ فَقَدْ اعترف أَنَّهُ عبدٌ وبيعه صحيحٌ، فأمَّا إِذَا ادَّعَاهُ فَقَدْ تناقض كلامه، والتناقض يبطل الدَّعْوَى، وَلَا نسب بِغَيْرِ الدَّعْوَى.

ووجـه الاستحسـان: إنَّ اتصال العلوق فِي مِلْكِ الإنسـان يوجـب لَهُ ولاية الدَّعْوَى لِأَنَّهَا إِنَّمَا شـرعت فِي الملك، وولايـة الدَّعْوَى عبارة عن حق لَا يحتمل النقض فَلَا يبطله اعتراض ما يحتمل البعض وَهُوَ البيع.

والدليـل عَلَى قيام الولاية وثبوت حـق الدَّعْوَى بهذه الحجة أنَّ المريض إِذَا أَقَرَّ بجاريةٍ فِي يَدِهِ لَهَا ولدٌ ولدته فِي مِلْكِهِ أَنَّها أمُّ ولدي وكذبته الورثة ثُمَّ مَاتَ من

مرضــه، أَنَّها تعتق من جميع الْمَــال بِمَنْزِلَةِ ما لو ثبت الحق بالبينة، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهَا ولد ولدته بعلوق فِي مِلْكِهِ عتقت من الثلث[1]، فأمَّا التناقض فَلَا عبرة بِهِ، لِأَنَّهُ أمرٌ خفيٌ وَهُوَ العلوق من مائه، والتناقض عفو فِيمَا خفي من الأمور.

أَلَا تَــرَى أَنَّ من خلع امرأته ثُمَّ أقام بينــة أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثَاً قبل خلعها قبلت وَلَا تبطــل بالتناقــض لما قلنــا إنَّ إيقاع الثَّــلَاث أمرٌ خفي؟ لِأَنَّ الــزَّوْج يتفرد بِذَلِــكَ مِنْ غَيْرِ علم مِنْهَا، وَكَذَلِكَ عبد كاتبه مَوْلَاهُ، ثُمَّ أقام بينة أن مَوْلَاهُ أعتقه قبــل الكتابة[2] قُبلت البينة وبطلــت الكتابة وَلَمْ يعتبر التناقض لما قلنا من حق الإعتــاق، وأمر العلوق أخفى من ذَلِــكَ فالعذر فِيهِ أولى، فَإِذَا صحت الدَّعْوَى صَارَ الْوَلَد حراً، والأمُّ أمُّ ولدِ لَهُ، وبطل البيع ورد ذَلِكَ عَلَى البَائِع ورد الثَّمَن، فإنْ كَانَتْ جاءت بالولد لستة أشهرٍ فصاعداً أَوْ لِأَقَلَّ من سَنَتَيْنِ لَمْ تصح دعوى البَائِع إِلَّا بتصديق الْمُشْــتَرِي، لِأَنَّ العلوق هنا أمرٌ مُشْــكلٌ أَنَّــهُ فِي مِلْكِ البَائِعِ أم لَا؟ فَــلَا يثبت ذَلِكَ إِلَّا بتصديق الْمُشْــتَرِي، فإن كذبه لَــمْ يثبت، وَإِنَ صدقه ثبت، وصارت بِمَنْزِلَةِ المسألة الْأُولَى فِي أَنَّ البيع يبطل[3] ويكون لَهُ الْوَلَد حراً والأمُّ أمُّ ولدِ، وَإِنَ جاءت بِهِ لأكثر من سَــنَتَيْنِ بعد البيع لَمْ تصح دعوى البَائِع إِلَّا بتصديق الْمُشْــتَرِي، وعند التصديق لَا يبطل البيع ويُحمل عَلَى الِاسْــتِيلَاد بالنــكاح، لِأَنَّ الْوَلَــد لَا يبقى فِي بطــن الأمّ أكثر من سَــنَتَيْنِ، فَلَا يثبت العلوق فِي مِلْكِ البَائِعِ وَإِنَ صدق الْمُشْــتَرِي، فَلَا يثبت العتق وَلَا حق العتق وَلَا يبطل البيــع، فإنْ كَانَ الْمُشْــتَرِي فِي الفصل الْأَوَّل أَعْتَــقَ الأمَّ لَمْ تبطل دعوى البَائِع،

(١) فثبت أن اتصال العلوق فِي مِلْكِهِ حجة كاملة لَهُ فِي إثبات ولاية الدَّعْوَى. حاشية أ

(٢) فِي ب: كتابته.

(٣) فِي ب: يثبت.

لِأَنَّ الْوَلَد محل الدَّعْوَى، وَهُوَ الأصل فِي استحقاق النَّسب، والأمُّ تابعةٌ(١) لَهُ.

أَلَا تَـرَى أَنَّـهُ هُوَ الأصل فِي النسـبة، والأمُّ تنسـب بِهِ إِلَى الْمَوْلَـى، وأنَّه هُوَ المستوجب للحرية والأم لَا تستوجب إِلَّا الحق؟

فَـإِذَا صحت الدَّعْـوَى رُدَّ الْوَلَد حراً وبطل البيع فِيـهِ بحصته من الثَّمَن [هَذَا قولَهُما، وعند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ يرد كل الثَّمَن](٢)

وَلَمْ ينقض إعتاق الأمِّ لِأَنَّ بعض حقيقة الإعتاق لحق الإعتاق لَا يَجُوزُ قصداً وَلَا ضرورة إِلَيْهِ، لأنَّ إثبات نسب الْوَلَد وإثبات حريته يَسْتَغْنِي عن ذَلِكَ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ ولد المغرور جَعَلَ حراً مـن الأصل والأمة أمة مع ذَلِكَ؟ وَذَلِكَ لمـا قلنا مـن التبعية(٣)، فإِنْ كَانَ الْمُشْـتَرِي أَعْتَقَ الْوَلَـد دون الأمِّ لَمْ تصح دعوى البَائِـع لِأَنَّ الْوَلَد هُوَ الأصل، وَقَدْ حل بِهِ ما يمنع الدَّعْوَى وَهُوَ الإعتاق، وَإِنَّمَا كَانَ مانعاً لِأَنَّ الحق الثابت لِلبَائِعِ حق الدَّعْوَى باعتبار العلوق فِي مِلْكِهِ، وحق الدَّعْوَى حق مَا لَا يحتمل النقض، وَذَلِكَ حق الحرية(٤)، وَقَدْ عارضه حقيقة الحرية فسقط بِهِ اعتبار الحق بمقابلة الحقيقة، وَلَا يعتبر قيام الأمِّ لما قلنا إِنَّها تابعةٌ.

---

(١) قَالَ النبي ﷺ: (أعتقها ولدها). حاشـية أ، أقول الحديث رواه ابن ماجه برقم/ ٢٥١٦/، والحاكم فِي المستدرك برقم/ ٢١٩١/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ٢٢٣٠٨/.

(٢) فِي ب.

(٣) والعارض فِي التتبع لأبوين فِي الأصل. حاشية أ

(٤) إِلَّا أن حقيقة الحرية تعقب الولاء وَهُوَ من آثار الملك، وفيما ادَّعَى البَائِع لَيْسَ فِيهِ أثر الملك فيكون نظر فينبغي أن يثبت حق الحرية من هَذَا الوجه، لكنا نقول الولاء كالنسـب وَقَدْ ثبت لِلْمُشْـتَرِي فَلَا يحتمل النقض، والفعل بحقيقته كما إِذَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي أولًا، إِلَّا أنه يقول إن الولاء يحتمل الفعل، قلنا لَا نسلم عَلَى رواية كِتَاب الولاء لَا يحتمل الفعل. حاشية أ

٨٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي الصَّبِيِّ يَكُونُ فِي يَدِ الرَّجُلِ فَيَقُولُ: هُوَ ابْنُ عَبْدِي الغَائِبِ، ثُمَّ يَقُولُ هُوَ ابْنِي؛ قَالَ: لَا يَكُونُ ابْنَهُ أَبَـدَاً، وَإِنَ جَحَـدَ الغَائِبُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: إِذَا جَحَـدَ العَبْدَ أَنْ يَكُونَ ابْنَهُ كَانَ ابْنُ الْمَوْلَى.

وتفسـير المسـألة: رجلٌ فِي يَدِهِ صبـي وُلِدَ فِـي مِلْكِهِ وَهُوَ يبيعـه وَلَا يأمن الْمُشْتَرِي أن يدعيه البَائِع يوماً فيستقره بالنَّسب لعبد البَائِع خوفاً من انتقاض البيع، فإنَّ هَذَا يكون مخرجاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ لِأَنَّ الغائب إن صدّقه أنه ابنه أَوْ كذّبه أَوْ لَمْ يُعرف مِنْهُ تصديق وَلَا تكذيب لَمْ تصح دعوى المقر عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ بحال، وعندهمـا إِذَا جَحَـدَ الغائب صحت دعوى المقر، أَمَّـا إِذَا صدّقه الغائب فَقَدْ ثبت النَّسـب مِنْـهُ فبطلت دعوى المقر، وَإِنَ لَمْ يعرف تصديـق وَلَا تكذيب فقدْ ثبت لَهُ حـق التصديق[1]، واحتمل أَنْ يَكُونَ ثابتاً فمنع ذَلِكَ صحة الدَّعْوَى كولد الملاعنة لَا يصح دعوى نسبه مِنْ غَيْرِ الملاعن لقيام حق الدَّعْوَى من الملاعن.

وجه قولَهُما فِي الجحود: إنَّ الإقرار قَدْ بطل بالجحود والتكذيب فَصَارَ كَانَ لَـمْ يَكُـنْ، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الإقـرار بِمَا لَا يحتمل النقـض[2] ملحقٌ بِمَا يحتمل النقض.

أَلَا تَرَى أَنَّ الإكراه لَا يُبطل مَا لَا يحتمل النقض[3]؟ وَكَذَلِكَ الهزل لَا يبطله،

---

(١) فِي ب: الْمُشْتَرِي.

(٢) مثل البيع والهبة. حاشية أ

(٣) مثل الطلاق والعتاق. حاشية أ

ويبطـلان الإقرار[1] بِذَلِكَ فَكَذَلِكَ هنا، ونظيره الرَّجُل يَشْـتَرِي عَبْدَاً فيقر أنَّ البَائِع كَانَ أعتقه فيكذبه البَائِع، ثُمَّ إنَّ الْمُشْـتَرِي يقول أنـا أعتقته، فإنَّ الولاء يتحول إِلَيْهِ لمـا قلنا فَكَذَلِكَ هَذَا، ولأَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الإقرار بِمَا لَا يحتمل النقض لَا يبطل برد المقر لَهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا أَقَرَّ أَنَّ البَائِع كَانَ أَعْتَقَ قبل ما بَاعَهُ وكذبه البَائِع إن ذَلِـكَ لَا يبطـل لَكِنَّهُ يعتق؟ فَكَذَلِكَ هَذَا فَإِذَا لَمْ يبطـل امتنع بِذَلِكَ دعوى المقر، وَكَذَلِكَ من شـهد عَلَى رجل بنسـبِ صغيرٍ فردت شهادته بعذر ثُمَّ ادّعاه الشاهد لَـمْ يَصِحَّ لما قلنا، فأمَّا مسـألة الولاء فعلى الاختلاف ذكر ذَلِكَ فِي بعض نسـخ الولاء.

٨٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي صَبِيٍّ فِي يَدِ مُسْـلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ، فَيَقُـولُ: هَذَا عبْدِي، وَيَقُولُ النَّصْرَانِيُّ: هُوَ ابْـنِي؛ قَالَ: هُوَ حُرٌّ، وَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ إِذَا ادَّعَيَا ذَلِكَ مَعَاً.

لِأَنَّ الْإِسْـلَام من أسباب الترجيح فِي دعوى النَّسب لتعارض الدعويين، وَلَا تعارض بين دعوى الرق ودعوى النسب والحرية، فَلَمْ يجب الترجيح.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الترجيح بِالْإِسْـلَامِ من أسـباب الترجيح واجب النَّسـب نظيراً للصغير والنظر فِي الحرية فَوْق النظر فِي الْإِسْلَامِ؟ لِأَنَّهُ يَمْلِك كسب الْإِسْلَام، وَلَا يَمْلِك كسب الحرية.

---

(١) فِي ب: الإكراه.

٨٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ فِي يَدِهِ غُلَامَانِ تَوأَمَانِ وُلِدَا فِي مِلْكِهِ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا فَأَعْتَقَهُ الْمُشْـتَرِي ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ نَسَـبَ الغُلَامِ الَّذِي عِنْدَهُ؛ قَالَ: هُمَا ابْنَاهُ، وَانْتَقَضَ عَتْقُ الْمُشْتَرِي.

أَمَّـا صحة الدَّعْوَى فَلِأَنَّهَا وَقَعَتْ فِي مِلْكِهِ القائم فِي طرف الدَّعْوَى والعلوق جَمِيْعَـاً، فَذَلِـكَ أحق بالصحـة، فَلَمَّا صحت الدَّعْـوَى فِي هَذَا تبعـه الآخر، لِأَنَّ أحدهمـا لَا ينفصـل عن الآخر فِي حكم النَّسـب وحرية الأصـل، وَلِذَلِكَ وجب نَقَضَ إعتاق الْمُشْـتَرِي لِأَنَّ ذَلِكَ من ضرورات صحة الدَّعْوَى، وموضع الضرورة يَسْتَغْنِي عن قيام الولاية، وكان هَذَا نقض الإعتاق بأمرٍ فوقه وَهُوَ حريةٌ ثابتةٌ أصليةٌ، وَلَمْ يجز نقضها فِيمَا سبق لحق الإعتاق[1] الأصلي، وَلِأَنَّهُ ثبت قصداً[2] فَلَمْ يصح فِي موضع لَا ملك فِيهِ وَلَا ولاية.

٨٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الْمَرْأَة تَدَّعِي الصَّبِّي أَنَّهُ ابْنُهَا؛ قَالَ: لَا تُصَدَّقُ، إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِامْرَأَةٍ تَشْهَدُ عَلَى الوِلَادَةِ.

والمراد بهذا امرأةٌ لَهَا زوجٌ فَإِذَا ادعت أَنَّهُ ابنها فإِنَّما يقصد إلزام النَّسب عَلَيْهِ، وسـبب لزوم النَّسـب قائم وَهُوَ النكاح، ولكن الحاجة إِلَى إثبات الولادة والنكاح

(١) وَهُوَ إِذَا اشْتَرَى الأم والولد وأعتق الأم ثم ادَّعَى البَائِع الْوَلَد، إن الاعتاق لَا ينقض فِي حق الأم لأمومية الْوَلَد لَا حق عتق، فَلَا ينقض الإعتاق لحق العتق. حاشية أ

(٢) وهنا ثبت ضمناً بواسطة ثبوت نسب صاحبه. حاشية أ

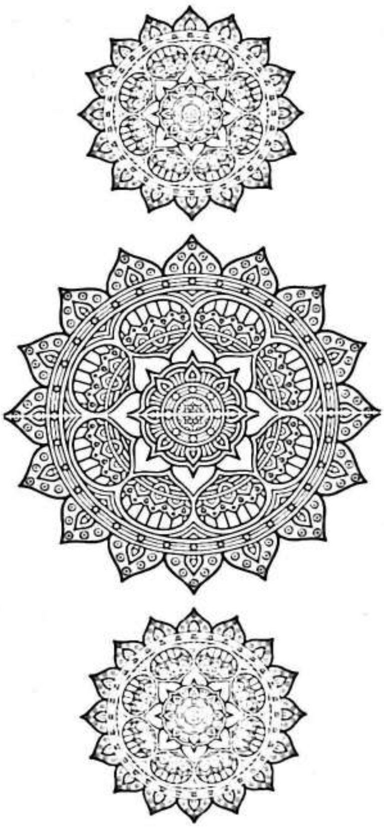
لَا يوجب الولادة لَا محالة[1]، وَفِي إثبات الولادة وَفِي تعيين الْوَلَد إلزام عَلَيْهِ لِأَنَّ النَّسب للأب فوجب إثباته بالحجة، والحجة إثبات الولادة ويعتبر الْوَلَد بشهادة القابلة، وَلَوْ كَانَتْ هَذِهِ تدعي النَّسب فِي ذَلِكَ عَلَى الرَّجُل مِنْ غَيْرِ نكاحٍ قائمٍ لاحتاجت إِلَى حجةٍ تامةٍ عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَلَوْ كَانَتْ لَا تدعي إلزاماً عَلَى أحدٍ بأن لَمْ تكن منكوحة وَلَا فِي عدةٍ لكان القول قولَهُا مِنْ غَيْرِ حجةٍ بأن ولدت من الزنا، وَقَدْ ذكر ذَلِكَ فِي الجامع الكبير.

أَلَا تَرَى إِلَى قولهُ فِي الْكِتَاب فإنْ كَانَ لَهَا زوجٌ فصدقها فَهُوَ ابنهما مِنْ غَيْرِ شهادة امرأة بالولادة؟ لأنَّ الخصم قَدْ اعترف، فثبت أنَّ تفسير المسألة الْأُولَى كما قلنا، فإنْ كَانَ الصبي فِي أيديهما فزعم الزَّوْج أَنَّهُ ابنه من امرأةٍ لَهُ أُخْرَى، وزعمت الْمَرْأَة أَنَّهُ ابنها من زوجٍ آخر فَهُوَ ابنهما من هَذَا الزَّوْج[2]، فإن جاء ذَلِكَ الرَّجُل وتلك الْمَرْأَة يدعيانه لَمْ يُلتفت إِلَى ذَلِكَ، لِأَنَّ أيديهما لما ثبت فِيهِ عَلَى السواء لَمْ يَمْلِك أحدهما إبطال حق صاحبه، كثوبٍ أَوْ مالٍ فِي يَدِ اثنين كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يقول هُوَ بيني وبين آخر، لَمْ يصدّق واحد مِنْهُمَا فِي إبطال حق صاحبه، إِلَّا أَنَّ ثمة يدخل المقَر لَهُ فِي نصيب المقِر، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

(١) حَتَّى لو كَانَتْ موجبة لَا محالة لما تثبت الحاجة إِلَى شهادة القابلة، أَلَا تَرَى أن زوجها لو علق طلاقها بحيضها فأخبرت أنها حاضت تطلق وَلَا تحتاج عَلَى الشهادة لأن خلقتها تقتضي أن يكون لها حيض مِنْ غَيْرِ جريان فعل فاعل مختار. حاشية أ

(٢) فِي ب: الوجه.



٢١- كِتَابُ[١] الإِقْرَارِ

(١) في أ: باب.



٨٩٧- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: أَخَذْتُ مِنْكَ أَلْفَ دِرْهَم وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ، فَقَالَ صَاحِبُ الْمَالِ: لَا وَلَكِنَّكَ أَخَذْتَهَا غَصْباً؛ قَالَ: الَّذِي أَقَرَّ بِأَخْذِهَا ضَامِنٌ [عِنْدِي][1]. وَلَوْ قَالَ: أَعْطَيْتَنِي أَلْفَ دِرْهَم وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمَالِ: بَلْ أَخَذْتَهَا غَصْباً، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي قَالَ أَعْطَيتَنِيهَا.

[والفرق أنَّ][2] فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَقَرَّ بسبب الضمان وَهُوَ الأخذ ثُمَّ ادَّعَى ما يوجب البراءة، فَلِذَلِكَ لَمْ يقبل قولَهُ، ووجب الضمان بإقراره إِلَّا أن ينكل الخصم عن الْيَمِين.

وَفِي المسألة الثانية لَمْ يُقر الضمان لَكِنَّهُ أنكره، فجعلنا القول قولَهُ، فَلَمْ يضمن إِلَّا أن ينكل المقر.

٨٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقُولَ: هَذِهِ الْأَلْفُ كَانَتْ لِي وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ، فَأَخَذْتُهَا مِنْهُ، فَقَالَ فُلَانٌ: كَذَبْتَ[3] وَهِيَ لِي؛ قَالَ: يَأْخُذُهَا فُلَانٌ مِنْهُ، لِأَنَّ هَذَا الْمُقِرُّ، أَقَرَّ بِالْيَدِ فِيهَا لِفُلَانٍ، وَأَقَرَّ بِالْأَخْذِ مِنْهُ.

والسبيل فِي الأخذ الرد عَلَى المأخوذ مِنْهُ حَتَّى يثبت حق الَّذِي يأخذ.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: كذب

٨٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، يقول: دَابَّتِي هَذِهِ أَعَرْتُهَا فُلَانَـاً فَرَكِبَهَا ثُمَّ رَدَّهَا عَلَيَّ، أَوْ قَالَ: ثَوْبِي هَذَا اعَرْتُهُ فُلَانَاً فَلَبِسَـهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَيَّ؛ فَقَـالَ فلانٌ: كَذَبْتَ، بَلْ الثَّوْبُ وَالدَّابَّةُ لِي، [فَـإِنَّ الثَّوبَ وَالدَّابَّةَ لِلَّذِي][1] قَالَ: رَدَّهُ عَلَيَّ. وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يَأْخُذُهَا الَّذِي أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهَا مِنْهُ.

وَكَذَلِـكَ الاختلاف فِي الإجارة[2] ذكر ذَلِكَ فِي كِتَاب الإقرار، وجه قولَهُما: إنَّ المقر أَقَرَّ بِالْيَدِ فِي ذَلِكَ لِفُلَانٍ، ثُمَّ ادَّعَى عَلَيْهِ الاسـتحقاق فوجب الرد وإثبات حق لَهُ إِنْ كَانَ[3] كما فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَهُوَ القياس.

واستحســن أَبُـو حَنِيفَةَ ﷺ الفرق، وذكر القمي فِي الفـرق بينهما أَنَّهُ قَالَ فِي مسـألة الوديعة: (فأخذتها مِنْهُ) فلزمه جزاؤه، وههنا قَـالَ: (فردّها عليَ) لكن هَذَا لَيسَ بِشَـيْءٍ لِأَنَّهُ ذكر الأخذ فِي كِتَاب الإقرار، وذكر عن أَبِي يُوسُـفَ ومحمد ﷺ ههنا الأخذ، فَقَالَ الَّذِي أَقَرَّ: أنه أخذها مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِالْيَدِ مع ذَلِكَ.

وَإِنَّمَا الفرق لأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ من وجهين:

أحدهما أنَّ الشـرع استحســن فِي إطلاق العواري والإجـارات رفقاً بالناس وقضـاء لحوائجهـم مـع أنَّ المنافع معدومـةٌ، فكل قيـاس يَرْجِع إِلَـى نَقَضَ هَذَا

(١) فِي ب.

(٢) والاختلاف فِي الإجارة فِيمَا إِذَا استردها بعد انقضاء مدة الأجارة، أَمَّا إِذَا كَانَ قبل انقضاء مدة الإجارة فعَلَيْهِ الرد بِالْإِجْمَاعِ لأنه اقتران اليد للانتفاع. حاشية أ

(٣) أي يجب عَلَيْهِ أن يرد العين إِلَى المقر كَانَ لَهُ اليد ثم يَدَّعِي عَلَيْهِ ويثبت عَلَيْهِ الحق إن كَانَ لَهُ حق. حاشية أ

الاستحسان فَهُوَ بَاطِلٌ مثل قياس من علّل لعدم المنافع لإبطال هَذِهِ العقود.

وبيانـه: أنَّ الشـرع أطلـق هَـذِهِ العقـود ورغب فِيهَـا لِأَنَّ الأحاديـث كثيرة فِـي الترغيب فِي المنائح وَهِيَ العـواري، وأوعد الله تَعَالَى مانـع العواري بقولَهُ: ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ [الماعـون: ٧]، وَإِذَا صحـت العاريـة والإجـارة لَمْ يسـتقم تكذيب المعير والآجر فِيمَا يُحكى لِأَنَّ ذَلِكَ يصده عن هَذَا الأمر المرغوب، فهذا وجهٌ يَرْجِع إِلَى الْإِجْمَاع[١].

والوجـه الفقهي: أنَّ اليد فِي هَـذَا ضرورية للانتفاع فَلَا تعتبـر مفردةً، وَهَذَا الإقـرار لَا يفيد حقاً فِي المنفعة[٢] فَلَا تثبـت بِهِ اليد للمقر لَهُ إِلَّا فِي حكم الانتفاع خاصّة، فأمّا فِي حق الاستحقاق عَلَى المقرّ فَلَا.

والإيـداع إثبـات اليد قصـداً فاعتبرت مطلقـة، بهذا علل الشـيخ الإمام أبو منصور رَحِمَهُ ٱللَّهُ فِي شرح هَذَا الْكِتَاب.

٩٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: لِفُلَانٍ عليَّ أَلْـفُ دِرْهَم مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ، ثُـمَّ قَالَ: هِيَ زُيوفٌ أَوْ نَبْهَرَجَـةٌ؛ قَالَ: لَا يُصَدَّقُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: يُصَدَّقُ إِذَا وَصَلَ.

---

(١) لِأَنَّ بِالْإِجْمَـاعِ تعليـل لإبطال الإجارة والعارية، فكذا يكـون إجماعاً أن تعليلًا يؤدي إِلَى تعليلـه باطـل دلالة بخـلاف المودع فَإِنَّهُ لو لَـمْ يصدق لَا يتقاعد النـاس عن الإيداع لأن الإيداع منفعة محضة. حاشية أ

(٢) أي إِذَا لَمْ يَكُنْ مع الانتفاع لَا يَكُون معتبراً. حاشية أ

وَكَذَلِـكَ ذكر فِي القرض، وَقَالَ بعد ذَلِكَ فِـي الغصب والوديعة: أَنَّهُ يصدق وَإِنَ فصــل، ثُمَّ قَالَ فِي القرض: لَا يصدق وَإِنَ وصل، وقالا [أَبُو يُوسُــفَ ومحمد ﵄][1]: يصــدق إِذَا وصل، وحاصله: أن لَا يصدّق فِيمَــا قَالَ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وعَلَيْـهِ الجياد فِي العرض والثمــن[2] وَإِنَ وصل، وَقَالَ أَبُو يُوسُــفَ ومحمد ﵄: يصدق إِذَا وصل.

وَفِي الغصب والوديعة أَنَّهُ يصدق وَإِنَ وصل بِالْإِجْمَاعِ، وَفِي دعوى الستوقة والرصاص لَا يصدق فِي ثمن البيع والقرض إِذَا فصل، ويصدق إِذَا وصل عندهما أَيْضَـاً، وَفِـي الغصب والوديعة يصدق فِـي ذَلِكَ إِذَا وصــل، وَلَا يصدق إِذَا فصل بِالْإِجْمَاعِ، وَذَلِكَ فِي كِتَاب الإقرار مشروحٌ.

وجه قولَهُما: إِنَّ هَذَا بيانٌ مغيرٌ فصح بشرط الوصل كالتعليق والإنشاء، وَإِنَّمَا ســميناه بياناً لأن الدَّرَاهِم قَدْ تكون جياداً وتكون زيوفاً ونبهرجة، وَقَدْ تكون زيوفاً فِـي بعض البــلاد وجياداً فِي البعض، فَلَمَّا اشــتبه النوع كَانَ ذكــره بياناً، ولما كَانَ مطلــق البياعات عَلَى الجيــاد كَانَ مغيراً للأصل، فَلِذَلِكَ شــرط الوصل، وَكَذَلِكَ الستوقة تسمى دَرَاهِمَ مجازاً، والنقل من الحقيقة إِلَى المجاز بيان فِيهِ تغيير، فصح كما قلنا فِي كِتَاب البيوع فِي قول الرَّجُل: (أسلمت إليّ عشرة دَرَاهِمَ فِي كذا لكني لَمْ أقبضها)، وَقَالَ: (أقرضتني) أَوْ (أسلفتني) أَوْ (أَعْطَيْتَنِي) أَنَّهُ يقبل قولَهُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ أَنَّهُ لَمْ يقبض استحساناً لما قلنا من دعوى [المجاز][3] فَكَذَلِكَ هَذَا.

(١) فِي ب
(٢) فِي أ: والبيع
(٣) فِي ب

ولأَبِـي حَنِيفَـةَ ﷺ: إنَّ هَذَا رجوع عما أَقَرَّ بِهِ، ودعـوى أَمَرَ عارض فَلَا يقبل وَإِنَ وصل كمن أَقَرَّ فَقَالَ: (لِفُلَانٍ عليّ ألف دِرْهَم من ثمن بيعٍ إِلَى شهرٍ)، إنَّ قولَهُ فِي دعوى الأجل غير مقبولٍ لما قلنا.

بيانـه: أنَّ الدَّرَاهِـم الْمُطَلَّقَةَ جيادٌ، والزيافـة عيبٌ فِيهَا، لِأَنَّهَـا بالغش تصير كَذَلِـكَ وَهُوَ عيـبٌ، وَإِذِا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَكُنْ ذكر العيـب بياناً كدعوى عيب آخر، فالسـلامة مسـتحقة بِالْبَيْعِ فَلَا يصح دعوى العيب بعد الإقرار بالسلامة المستحقة بِالْبَيْعِ، وَكَذَلِكَ دعوى الستوقة رجوع، لِأَنَّ موجب البيع ما يصلح ثمناً[1].

وَأَمَّـا الغصـب والوديعة فَـلَا موجب لَهُمَـا، وَإِنَّمَا يغصب المـرء ما يجده، وَكَذَلِكَ الإيداع، فَصَارَ دعوى العيب بياناً محضاً.

أَلَا تَـرَى لـو ادَّعَى عيباً آخـر بالغصب والوديعة، بأن غصـب ثَوْبَاً أَوْ كَانَ وديعـة فجاء بِهِ وَهُوَ معيـبٌ خلَق، وَقَالَ: (كَانَ كَذَلِكَ يـوم الغصب والوديعة) إن القول قولَهُ؟ وَإِذِا كَانَ بياناً محضاً صحَّ موصولًا ومفصولًا وَقَدْ مرت مسـألة الاقتضاء.

وَقَـالَ فِيمَنْ أَقَـرَّ أن لِفُلَانٍ عَلَيْهِ ألف دِرْهَم من ثمن متـاعٍ، أَوْ قَالَ: (أودعَني ألـف دِرْهَم)، ثُمَّ قَـالَ: (هِيَ تنقص كذا[2]) لَمْ يصدق، وَإِنَ وصل صدق، لأن هَذَا استثناء لبعض ما أَقَرَّ بِهِ والاستثناء لَمْ يَصِحَّ إِلَّا موصولًا.

---

(١) والستوقة والرصاص لَيْسَ بثمن مطلق. حاشية أ

(٢) أي وزن خمسـة مثلًا لأن مطلـق الدَّرَاهِم ينصرف إِلَى وزن السـبق إِذَا كَانَ متعارفَ أهلِ ذَلِـكَ البلد وزن سـبقه، أَمَّـا إِذَا كَانَ نقودهم مختلفة وَلَمْ يغلـب بعضها عَلَى بعض فيأخذ بالأقل أخذاً بالمتيقن فِيهِ. إيضاح حاشية أ.

٩٠١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ مِائَةَ دِرْهَـم دَيْنَـاً لَهُ عَلَى رَجُلٍ وَتَرَكَ ابْنَـيِنِ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَـاهُ كَانَ اقْتَضَى مِنْهُ خَمْسِينَ دِرْهَمَاً؛ قَالَ: فَلَا شَيْءَ لِهَذَا، وَلِلآخَرِ خَمْسُونَ دِرْهَمَاً.

لأن المائة صَارَتْ مِيرَاثاً بينهما، فَلَمَّا أَقَرَّ أحدهما باستيفاء حقه[١] صَارَ مبطلًا لحصتـه، فبقيت حصة الآخر، أَلَا تَـرَى أن إقراره عَلَى الميت لَا ينفذ؟ فجُعل كأنه اسْتَوْفَى بِنَفْسِهِ، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٩٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَا بَين دِرْهَم إِلَى عَشرَةٍ؛ قَالَ: عَلَيْهِ تِسْـعَةُ دَرَاهِمَ. وَلَوْ قَالَ: مَا بَينَ عَشرَةٍ إِلَى عِشْرِينَ فعَلَيْهِ تِسْعَةُ عَشَرَ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: عَلَيْهِ الأَكْثَرُ مِمَّا أَقَرَّ بِهِ[٢]. قَالَ: وَلَوْ قَالَ لَهُ: (مِنْ دَارِي مَا بَين هَذَا الحَائِطُ إِلَى هَذَا الحَائِطِ) قَالَ: لَهُ [مَا][٣] بَيْنَهُمَا، وَلَيْس لَهُ مِنْ الحَائِطِين شيْءٌ.

وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: عَلَيْهِ ثمانية فِي الْمَسْأَلَةِ الأُولَى، وَفِي المسألة الثانية تسعة، وَلَا يدخل الغائيان عنده قياساً عَلَى مسألة الحائطين.

---

(١) فِي ب: حصته.

(٢) وَمَا أَقَرَّ بِهِ فِي الْمَسْـأَلَةِ الأُولَى دِرْهَم وعشـرة، لأنه ما من دِرْهَم إِلَى عشـرة فيجب الأكثر وَهُوَ العشرة، وَفِي المسألة الثانية يجب العشرون. حاشية أ

(٣) فِي ب

وجه قولَهُما: أنَّ الغاية أمرٌ شرعيٌ هنا، فوجب القول بالوجوب ليصلح غاية[1] بخلاف مسألة الحائطين، لأنّ الغاية ثمة أمرٌ حسيٌ[2].

ولأَبِي حَنِيفَةَ[3] رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ المراد من هَذَا فِي العادات إِلَى استقرار دَينه لَا يبلغ أقصى الغايتين، وأنَّه مترددٌ فِيمَا بين ذَلِكَ، فأخرجنا المتيقَن [وَهُوَ الحد الثَّانِي فِي المسألتين][4]، وأثبتنا غيره، [وَإِنَّمَا لَمْ يخرج الغاية الْأُولَى][5] لِأَنَّ فِي الغاية الْأُولَى ضرورة، وَلَا ضرورة فِي الغاية الثانية، وحُكي[6] عن الأصمعي رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لقى زفر رَحِمَهُ اللهُ عَلَى باب الرشيد فسأله عن قول الرَّجُل لِامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ما بين وَاحِدَة إِلَى ثلاثٍ، فَقَالَ: تطلق وَاحِدَة، لِأَنَّ كلمة (ما بين) لَا تتناول الحدين، وَكَذَلِكَ (من وَاحِدَة إِلَى ثلاثٍ)، لأن الغاية لَا تدخل، فَقَالَ لَهُ: ما تقول فِي الرَّجُلِ قيل لَهُ: كم سنك، فَقَالَ: من ستين إِلَى سبعين أَوْ ما بين ستين إِلَى سبعين، أيكون تسعة؟ فانقطع زفر رَحِمَهُ اللهُ، وَقَالَ: أستحسن فِي مثل هَذَا[7].

ومسألة العِشْرِينَ والحائطين من الخواص، والله أعلم.

---

(١) لأن المعدوم لَمْ يصلح أن يجعل غاية، فَلَا بد من الوجود حَتَّى تصلح غاية، والشارع فِيهِ يبين باب حسي حَتَّى يكون موجوداً أمامك، ندب الوجوب حَتَّى يوجد لأن وجوده بوجوبه شرعاً.

(٢) لِأَنَّهَا وجوب دِرْهَم. حاشية أ

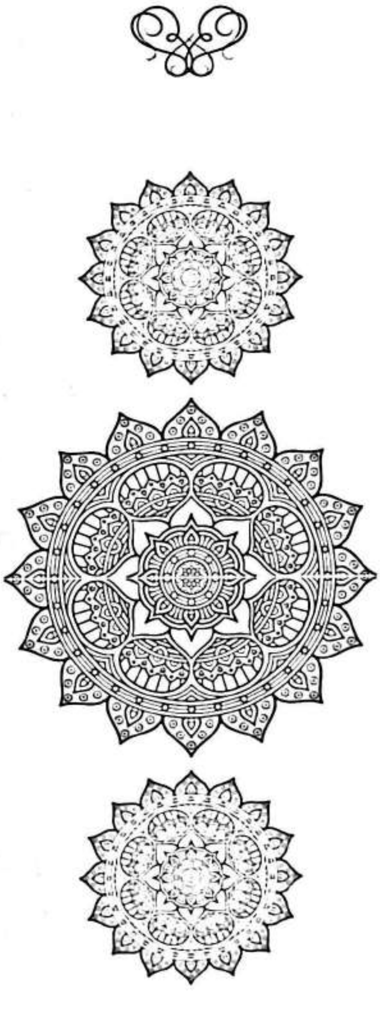
(٣) فَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ سلم لَهُمَا ما ادَّعَيَا من المعنى، إِلَّا أنه اعتبر العرف والعادة هنا. حاشية أ

(٤) فِي ب.

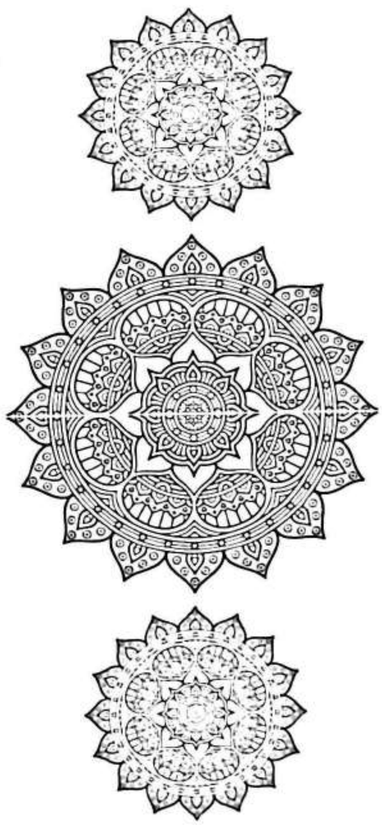
(٥) فِي ب.

(٦) سبق الكلام عن هَذِهِ الحادثة.

(٧) للعرف، وَلَا عرف فِي الطلاق والإقرار. حاشية أ



٢٢- كِتَابُ الصُّلْحِ



٩٠٣- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَم حَالَّةً، قَالَ: ادْفَعْ إِلَيَّ غَداً مِنْهَا خَمْسُمِائَةٍ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ الخَمْسِمائَةِ؛ قَالَ: هُوَ بَرِيءٌ.

فإن لَمْ يدفع إِلَيْهِ الخمسمائة غداً عادت الألف، وَهُوَ قول [أَبِي حَنِيفَةَ][١] ومحمد ﷺ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ[٢] ﷺ: لَا يعود، وهذه ثَلَاثَة: أحدها: ما قلنا، والثانية: صالحتك من الألف عَلَى خمسمائة تدفعها إليّ غداً وأنت بريءٌ من الفضل، عَلَى أَنَّك إن لَمْ تدفعها غداً فالألف عليك حالَّة، والأمر عَلَى ما قَالَ هاهنا فِي قَوْلَهُمْ، والثالثة: أَنْ يَقُولَ: أبرأتك من خمسمائة من الألف عَلَى أن تعطيني الخمسمائة غداً، وهنا[٣] الإبراء واقع، أعطى الخمسمائة غداً أَوْ لَمْ يعط بِالْإِجْمَاعِ، أَمَّا فِي صريح الشرط، [وَهُوَ الصلح من الألف عَلَى خمسمائة وَهِيَ الوسطى][٤] فَلَا يُشكل لِأَنَّ الإبراء معلقٌ بشرطٍ مرغوبٍ فِيهِ، فَإِذَا لَمْ يوجد بطل، وَفِي الفصل الثالث يبرأ لِأَنَّهُ أطلق الإبراء، وأداء الخمسمائة غداً لَمْ يجعل عوضاً [لِأَنَّ العوض ما يكون قائماً مقام الأصل بعد فوات الأصل، وهذه الخمسمائة أصل بنفسها][٥] فَلَمْ يصلح عوضاً فبقي الإبراء صحيحاً مطلقاً.

---

(١) فِي ب.

(٢) فِي ب: يعقوب.

(٣) فِي ب: وَفِي هَذِهِ المسألة

(٤) فِي ب.

(٥) فِي ب.

أَمَّا الْأُولَى فوجه قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أنَّ الإبـراء حصل مطلقاً فيصح كما فِي الفصل الثالث، وَهَذَا لِأَنَّ أداء الخمسمائة لمَّا لَمْ يصلح عوضاً لَمْ يوجب تعلق الإبراء بِهِ، كما إِذَا تقدم ذكر الإبراء.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ: أنَّ الإبراء حصل بشـرطٍ مرغوبٍ فتعلق بسلامته، كما إِذَا أبرأه عَلَى عوض سماه، وإنما قلنا هَذَا لأنه بدأ بتعجيل الخمسمائة وأدائها غداً، ولعل لَهُ رغبة فِي ذَلِكَ خاصة.

وقولَهُ: (عَلَى إنَّك بريءٌ) لَمْ يخرج إِلَّا مخرج الأعواض فَلَمْ يثبت إِلَّا مقابلًا، والمقابل بِهِ يصلح شـرطاً لكونه مرغوباً، وَلَا يصلح عوضاً [محضاً][1]، فَلَا يصير الإبراء مطلقاً بالشك، وَهَذَا هُوَ المتعارف عند الناس احترازاً عن المماطلة.

٩٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ مَأْذُونٍ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدَاً، فَصَالحَ عَنْ نَفْسِـهِ؛ قَالَ: بَاطِلٌ. وَإِنْ قَتَـلَ عَبْدٌ لَهُ رَجُلًا عَمْدَاً فَصَالحَ عَنْ عَبْدِهِ، قَالَ: جَائِزٌ.

لِأَنَّ رقبة العَبْد المأذون لَيْسَتْ من التِّجَارَة، وَإِنَّمَا هِيَ للخدمة.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يبيع رقبته وأَنَّه لَا زكاة عَلَى مَوْلَاهُ فِي رقبته؟ وَإِنَّمَا عَلَيْهِ صدقة الفطـر، فَصَارَ التصرف فِي رقبتـه إِلَى مَوْلَاهُ، فأَمَّا عبده فمن تجارته، فالتصرف فِي ذَلِكَ مفوضٌ إِلَيْهِ، وَقَدْ صَارَ بِمَنْزِلَةِ المستحق، فَإِذَا صالح فَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ.

(١) فِي ب.

٩٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ غَصَبَ رَجُلاً ثَوْباً فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالَحَهُ مِنْهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَم؛ قَالَ: يَجُوزُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: يَبْطُلُ الفَضْلُ عَلَى قِيمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ.

وذكر فِي كِتَاب الصلح: أنَّ الصلح لمَّا وقع عَلَى دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِير من قيمة المستهلك أقام المستهلك البينة عَلَى أنَّ القيمة كَانَتْ أقل من الَّذِي وقع عَلَيْهِ الصلح بغبنٍ فاحشٍ، أنَّ البينة غير مقبولةٍ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﵄: تقبل ويرد الفضل، ولولا ما ذكر هنا لحصل الاختلاف فِي الدَّعْوَى خاصة، فَكَانَ طريق أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ واضحاً، فثبت بمسألة الْكِتَاب أنَّ الاختلاف فِي نفس الصلح إِلَّا فِي الدَّعْوَى.

٩٠٦- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: بَعْدَ هَذَا الفَضْلِ فِي عَبْدٍ بَينَ اثْنَينِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَصَالَحَ الآخر عَلَى أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِير أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الفَضْلُ، وَإِنَ صَالَحَهُ عَلَى عُرُوضٍ فَهُوَ جَائِزٌ.

وجه قولَهُما: فِي مسألة الغصب ببطلان الفضل: أنَّ حقه من طريق القيمة مقدر فَلَا يحتمل الزيادة، ويصير رباً، كما قلنا فِي مسألة العتق، وَلَا يلزم الغبن اليسير لِأَنَّهُ مِمَّا يدخل تحت التقويم، فَلَمْ يكن من باب الفضل.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ هَذَا اعتياض عن حقه فيصح بالغاً ما بلغ كالاعتياض بِهِ عن الثوب القائم، وَهَذَا لِأَنَّ الهالك فِي حكم الصلح بِمَنْزِلَةِ القائم فِي حكم البيع، وَهَذَا الْمَال يصلح عوضاً وثمناً كما يصلح استيفاءً، والظاهر الاستيفاء إِلَّا أن يقوم

الدليل عَلَى جهة الاعتياض، وَقَدْ قَامَ الدليل عَلَيْهِ، وَهُوَ طلب الدليل الَّتِي لَا تسلم إِلَّا بطريق الاعتياض.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الصلـح إن وقع عَلَى كُرٍّ بِغَيْرِ عينـه، وقبض فِي المجلس صحَّ؟ وَلَوْ كَانَ [وقع][1] عَلَى القيمة لبطل لكونه سَـلَماً حالّاً وَإِنَ قبض، وَلَا تلزم مسألة ضمان العتق لِأَنَّهُ اسـتيفاء وَلَيْسَ بمعاوضةٍ من قبل أَنَّ الاستيفاء لازمٌ هناك شرعاً، حَتَّى لَا يصحُّ ترك ذَلِكَ بحالٍ، فَلَمْ يصح الإعراض عَنْهُ إِلَى جهة الاعتياض.

٩٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مالٌ، فَقَالَ: لَا أُقِرُّ لِكَ حَتَّى تَحُطَّ عَنِي أَوْ تُؤخِرَ عَنِي، فَفَعَلَ؛ قَالَ: جَائِزٌ.

هَذِهِ من الخواص، وصـح ذَلِكَ لِأَنَّ الحط والتأجيل يصرف من المالك مِنْ غَيْـرِ إكراه عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَـمْ يحمل عَلَيْهِ بِمَا يقع بمثله الكره[2]، فصح ذَلِكَ كما يصح الصلح عن إنكار مع وجود هَذَا المعنى.

❁ ❁ ❁

(١) فِي ب.

(٢) أي الإكراه.

٢٣- كِتَابُ المُضَارَبَةِ



٩٠٨- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُضَارِب إِذَا أَدَانَ مَـالَ الْمُضَارَبَةِ؛ قَالَ: إِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ أُجْبِرَ عَلَى التَّقَاضِي، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ فَضْلٌ لَمْ يُجْبَرْ.

وأحـال [رَبّ الْمَالِ يعني][(١)] رَبّ الدَّين حَتَّى يتقاضاه، [وَهَذَا لأَنَّه][(٢)] إِذَا لَمْ يَكُنْ فِـي الْمَال فضل فإِنَّ الْمُضَارِب وكيلٌ محـضٌ، والوكيل متبرعٌ والمتبرع غير مجبـورٍ عَلَى تسـليم ما تبرع، فأمـا إِذَا كَانَ فِيهِ فضل فَهُوَ بمعنـى الأجير فِي ذَلِكَ، والأجيـر بائع لعمله، فيصبح الجبر عَلَى التسـليم، فَـإِذَا امتنع الجبر فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَـى قيل لَهُ أحل رَبّ الْمَـالِ عَلَى التقاضي أي وكلـه، لِأَنَّ العهدة عَلَى العاقد وَلَيْـسَ لِلْآمِرِ فِـي ذَلِكَ سـبيل فَلِذَلِكَ أمرنـا بالتوكيل ليصح مطالبـة رَبّ الْمَالِ، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي كل وكيل بِالْبَيْعِ.

فأَمَّـا الَّذِي يبيع بالأجر فَلَا بُدَّ مـن أن يجبر عَلَى الاسـتيفاء، ويجعل بِمَنْزِلَةِ الإجارة الصحيحة بحكم العادة، وَقَدْ تسـتعمل الحوالة فِي موضع الْوَكَالَة لما فِي الْوَكَالَة من معنى النقل.

٩٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

أَلْـفَ دِرْهَـم مُضَارَبَةً [بِالنّصْفِ][1]، فَاشْـتَرَى الْمُضَارِبُ بِهَا جَارِيَةً تُسَـاوِي أَلْفاً فَوَطِئَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَـاوِي أَلْفاً فَزَعَمَ الْمُضَارِبُ أَنَّهُ ابْنُهُ ثُمَّ زَادَ الغُلَامَ فَصَـارَتْ تُسَـاوِي أَلْفاً وَخَمْسَـمائَةٍ، وَالرَّجُلُ المُدَّعِي مُوسِرٌ؛ قَالَ: إِنْ شَـاءَ رَبّ الغُلَامِ[2] اسْتَسْـعَى الغُلَامَ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ الغُلَامَ. فَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفاً ضَمِنَ الْمُضَارِبُ نِصْفَ قِيمَةِ الأُمِّ، إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْـفٌ فَوَطِئَهَا لَمْ يَصِحَّ الِاسْـتِيلَادُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِك مِنْهَا شَـيْئاً، فَإِذَا وَلَدَتْ وَلَداً قِيمَتُهُ أُلْفٌ فَادَّعَاهُ لَمْ يَصِحَّ أَيْضاً.

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِـدٍ مِنْهُمَا، -أعني الأم والولد- مشـغولٌ بـرأس الْمَال فَلَا يتبين الربح، كالمضارب يَشْـتَرِي عبدين بِمَالِ المضاربة وَلَيْسَ فِي وَاحِدٍ مِنْهُمَا فضل أَنَّ الربح لَا يظهر عندنا خلافاً لزفر رحمه الله.

فَـإِذَا ازدادت قيمة الغلام ملك المضاربُ نصف الزيادة، فَلَمَّا ظهرت الزيادة نفذت الدَّعْوَى لِأَنَّ الدَّعْوَى فِي الظاهر انعقدت صحيحةً حملًا عَلَى وجه الصحة، وَهُـوَ فراش النكاح، فَإِذَا حدث المِلك نفذت بخلاف ما إِذَا أَعْتَقَ الْوَلَد ثُمَّ ظهرت الزيـادة لَمْ يَصِحَّ الاعتاق، لِأَنَّهُ إنشـاءٌ قَـدْ بطل، فأمَّا هَذَا فإخبـار فينفذ إِذَا حدث الملك، فَإِذَا نفذت صَارَ النسب ثابتاً.

ووجـب القول بعتقه وَلَمْ يضمن نصيب رَبّ الْمَالِ من الْوَلَد، لِأَنَّ العتق إِنَّمَا يثبت بالنَّسـب والملك جَمِيْعَاً، ويضاف إِلَى أخرهما وجوداً، وَهُوَ الملك فِي هَذَا

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: الْمَال

المسـألة، وَقَدْ ثبت الملك [فِي هَذِهِ المسـألة][1] للمضـارب بِغَيْرِ صَنَعَ، وضمان التعدي لَا يثبت بِغَيْرِ صَنَعَ، وَإِذا لَمْ يجب الضمان وجبت السـعاية فِي نصيب رَبّ الْمَـالِ وَهُوَ ألف ومائتان وخمسـون، ألـف رأسُ مال ومائتان وخمسـون نصف الربـح، وَإِنَّمَـا اعتبر رأس الْمَال فِي هَذَا لِأَنَّهُ فِي القسـمة مقدمٌ عَلَى الربح[2]، فَإِذَا اسْـتَوْفَى من ذَلِكَ أَلْفاً حُسـب من رأس الْمَال لما قلنا أَنَّهُ مقدم فِي القسمة، فيظهر أَنَّ الأمَّ صَـارَتْ ربحاً كلها فيصير النصف للمضـارب مِنْهَا، وَقَدْ صحت الدَّعْوَى مطلقـة حملًا عَلَى النكاح، فَإِذَا ملك شَـيْئاً مِنْهَا صَـارَتْ أمُّ ولدٍ لَهُ وضمن نصف قيمتها لرب الْمَال لِأَنَّهُ ضمان تملكٍ فَلَا يتوقف عَلَى الصنع والتعدي.

أَلَا تَـرَى أَنَّ اثنين لو ورثا أمةً هِيَ أمُّ ولدِ أحدهما أَنَّهُ يضمن لشـريكه نصف قيمتها موسراً كَانَ أَوْ معسراً؟ بخلاف ضمان العتق[3].

٩١٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَم مُضَارَبَةً فَاشْـتَرَى بِهَا بَزّاً ثُمَّ بَاعَهُ بِأَلْفَينِ، ثُمَّ اشْـتَرَى بِالأَلْفَينِ جَارِيَةً فَلَمْ يَنْقُدْ حَتَّى ضَاعَ الأَلْفَانِ؛ قَالَ: يُغرَّمُ رَبّ الْمَالِ مِنْ ذَلِكَ أَلْفاً وَخَمْسَـمائَةٍ، وَيُغرَّمُ الْمُضَارِبُ مِنْ ذَلِكَ خَمسمائَةٍ وَلَا يَبِيعُهَا مُرَابَحَةً إِلَّا بِأَلْفَينِ.

فَـإِذَا بَاعَهَـا مُرَابَحَـةً كَانَ ربع الثَّمَن للمضـارب خاصة، وثلاثـة أرباع عَلَى

---

(١) فِي ب

(٢) أي يقبض رَبّ الْمَالِ رأس الْمَال ابتداء ثم يقسم الربح. حاشية أ

(٣) لأنه ضمان إتلاف فَلَا بد من الصنع وَلَمْ يوجد الصنع ههنا. حاشية أ

المضاربــة، رأسُ مالِ رَبِّ الْمَالِ مِنْهُ ألفان وخمســمائة، وَمَــا بقي فعلى المضاربة إِذَا اشْـتَرَى البَـز أَوْ لَا فَهُوَ مُضَارَبَةٌ، فَإِذَا بَاعَ بألفيــن ظهرت حصة الْمُضَارِب وَهِيَ خمسمائة.

فَإِذَا اشْـتَرَى جَارِيَةً بالألفين وقع ربعها للمضــارب لِأَنَّ ربع الثَّمَن لَهُ وثلاثة أرباعها لرب الْمَال، فَإِذَا هَلَكَ الثَّمَن كَانَ غُرمُ الربع عَلَى الْمُضَارِب وَهُوَ خمسمائة والباقي عَلَى رَبِّ الْمَالِ، فَإِذا غَرِمَ الْمُضَارِب ربع الثَّمَن ملك ربع الْجَارِيَة لَا محالةَ، وَإِذا ملـك ربعها خرج ذَلِكَ من المضاربة لِأَنَّ مبنى المضاربــة عَلَى [الْأَمَانَة][1]، وأنَّ المضَارب أمينٌ فيكون الضمان منافياً لَهَا.

وَلَوْ أبقينا نصيبه عَلَى المضاربة لأبطلنا ما غَرِمَ، لِأَنَّهُ لَا يصلح أن يُجعل ذَلِكَ رأسَ الْمَال فيصير مضارباً لِنَفْسِــهِ، وصار ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ ما لو اشْـتَرَى مال المضاربة لِنَفْسِــهِ، فَإِذَا أراد أن يبيع الْجَارِيَة مُرَابَحَةً بَاعَهَا عَلَى ألفين، فإن بَاعَهَا بأربعة آلاف صَــارَ ربع الثَّمَن للمضــارب خاصة، وَذَلِكَ ألفٌ وبقيت ثَلَاثَــة آلاف، فَذَلِكَ عَلَى المضاربــة، لِأَنَّ ضمــان رَبِّ الْمَــالِ يلائم المضاربــة[2] وَلَا يضيع مــا يضمن بَلْ يلحــق برأس الْمَــال[3]، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ رأسُ مــالِ رَبِّ الْمَالِ فِي ذَلِكَ ألفين وخمسمائة، والخمسمائة ربحٌ بينهما نصفان.

٩١١- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: فِي رَجُلٍ دَفَعَ ألف دِرْهَم مُضَارَبَةً فاشْتَرَى بِهَا عَبْدَاً يساوي ألفين، فقتل العَبْد قتيلًا خطأ.

---

(١) فِي ب

(٢) لأن الضمــان فِي باب المضاربة راجع إِلَى أن الْمَال يشــرط أن يكون من ضمان التِّجَارَة. حاشية أ

(٣) بخلاف ما لو كَانَ الغرم عَلَى الْمُضَارِب لأنه يكون غرامة محضة. حاشية أ

قَـالَ: الفداء عَلَيْهِما ربعه عَلَى الْمُضَارِب وثلاثة أرباعه عَلَى رَبّ الْمَالِ، فَإِذَا فعـلا ذَلِكَ صَـارَ العَبْد بينهما يخـدم رَبّ الْمَالِ ثَلَاثَة أيام والمضـاربَ يوماً، لِأَنَّ الفـداء لَيْسَ من المضاربة فَكَانَ مؤنة الملك والمشـترك[١]، فَصَارَ الفداء مشـتركاً أَيْضَاً ربعه عَلَى الْمُضَارِب وثلاثة أرباعه عَلَى رَبّ الْمَالِ، فَإِذَا فعلا ذَلِكَ فَقَدْ خرج العَبْـد عَلَـى المضاربة لِأَنَّ كُلَّ وَاحِـدٍ مِنْهُمَا صَارَ كالْمُشْـتَرِي بحصته بِمَا فدى[٢] فَلِذَلِكَ خرج العَبْد عَلَى المضاربة.

وَفِي ذَلِكَ معنى القسمة أَيْضَاً لِأَنَّ الخطاب بالفداء يوجب السلامة، وَلَا سلامة للمضارب إِلَّا بالقسمة[٣] فوجب التهايؤ فِي الخدمة لما خرج عن حكم التِّجَارَة.

٩١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً، فاشْـتَرَى رَبُّ الْمَالِ عَبْدَاً بِخَمْسِـمِائَةٍ ثُـمَّ بَاعَهُ مِنْ الْمُضَارِبِ بِالأَلْفِ [دِرْهَمٍ][٤]، بَاعَهُ المُضَارِبُ مُرَابَحَةً بِخَمْسِـمِائَةٍ، وَإِنْ اشْتَرَى المُضَارِبُ عَبْـدَاً بِأَلْفِ [دِرْهَمٍ][٥] فَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ الْمَـالِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ؛ بَاعَهُ رَبُّ الْمَالِ بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ [مُرَابَحَةً][٦].

---

(١) مؤنة الملك عَلَى رَبّ الْمَالِ، والمشترك بينه وبين الْمُضَارِب.

(٢) لأن العَبْد بالجناية صَارَ كالزائل عن ملكهما فهما بالفداء كأنهما اشترياه. حاشية أ

(٣) إِذَا خرج نصيب الْمُضَارِب عن التِّجَارَة خرج نصيب رَبّ الْمَالِ أَيْضَاً. حاشية أ.

(٤) فِي ب

(٥) فِي ب

(٦) فِي ب

وأصلـه أنَّ بيع المرابحة يمتنع بالشـبهة كما يمتنع بالحقيقـة، أَلَا تَرَى أَنَّ ما يؤخـذ بطريق الصلح لَا يباع مُرَابَحَةً لشـبهة الحط؟ والمشـترى بِالنَّسِـيئَةِ لَا يُباع مُرَابَحَةً بالنقد إِلَّا ببيان لشـبهة المقابلة بالأجل، فَإِذَا اشْتَرَى رَبّ الْمَالِ بِخَمْسِمِائَة فباعها بألف من الْمُضَارِب فإنَّما اشْـتَرَى الْمُضَـارِب لرب الْمَال لِأَنَّهُ وكيله، وبيع الإنسان[1] من نفسـه باطلٌ، لكن لما كَانَ حق الْمُضَارِب[2] بِمَنْزِلَةِ حقِ ثالثٍ صحَّ البيع وبقيت شبه بطلان البيع، فَلِذَلِكَ بطل بيع المرابحة.

وَأَمَّا إِذَا اشْـتَرَى المضاربُ بألف ثُمَّ بَاعَ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ بَاعَ رَبّ الْمَـالِ مُرَابَحَـةً عَلَى ألف وَمِائَـة، لِأَنَّ العقديـن جَمِيْعَاً وقعا لرب الْمَـال، وَلَمْ يقع للمضارب مِنْهُ إِلَّا قدر مائة، فوجب اعتبار هَذِهِ المائة، وفيما دَفَعَ لرب الْمَال لَمْ يعتبر الربح؛ لما قلنا من احتمال بطلان العقد الثَّانِي وَهَذَا إِذَا كَانَ الشرط عَلَى النصف.

٩١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى آخرَ أَلْفَ دِرْهَـمٍ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ فَدَفَعَ الْمُضَارِبُ بَعْضَهَا إِلَى رَبِّ الْمَالِ مُضَارَبَةً فَبَاعَ رَبّ الْمَـالِ بِهَا واشْـتَرَى؛ قَالَ: هِيَ مُضَارَبَةٌ عَلَى حَالِهَـا، لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ بِمَنْزِلَةِ حَقٍّ ثَالَثٍ [لَمَّا][3] تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُضَارِبِ وَحَقُّ رَبِّ الْمَالِ.

فَـإِذَا أبضع رَبّ الْمَالِ فَقَدْ وكله، والتصرف حق الْمُضَارِب، فَإِذَا وكل بِهِ رَبّ الْمَـالِ صـحَّ كما إِذَا وكل بِهِ أجنبياً، ولما صلح وكيلًا لَمْ يَكُنْ أخذه اسـترداداً وَلَمْ

(١) فِي ب: رَبّ الْمَالِ

(٢) فِي ب: المضاربة

(٣) فِي ب

تنتقـض المضاربة بخلاف ما إِذَا شـرط فِي العقد عمـلَ رَبِّ الْمَالِ لأن ذَلِكَ يمنع التخلية الَّتِي هِيَ شـرط صحة المضاربة، وَهَذَا بخلاف مـا إِذَا دَفَعَ المضاربُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ مُضَارَبَةً، فإِنَّ ذَلِكَ لَا يصح، لِأَنَّ الشَّرِكَة قَدْ انعقدت عَلَى مال رَبِّ الْمَالِ وعمـل الْمُضَارِب فَلَا يتصور قلبها، لِأَنَّهُ لَا مال للمضـارب، فَإِذَا بطل الثَّانِي بقي عمل رَبِّ الْمَالِ بأمر الْمُضَارِب فَلَمْ تبطل المضاربة.

٩١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً فَعَمَلَ بِهَا فِي المِصْرِ؛ قَالَ: لَا يَكُونُ نَفَقَتُهُ فِيهَا.

لِأَنَّ النفقة إِنَّمَا تجب بالاحتبـاس، كالْمَرْأَة يجب لَهَا النفقة [عَلَى الزَّوْج][1] باحتباسها فِي منزل الزَّوْج، وَكَذَلِكَ القَاضِي يستوجب الكفاية لذلك، والمضارب فِي مصره ساكن بالسكنى الأصلية للمضاربة، قَالَ: فإِن سافر بِهَا فِي المضاربة أنفق مِنْهَا فِي طعامه وشرابه وكسوته وركوبه، وَأَمَّا دواؤه مِنْ مَالِهِ، وَمَا أنفق من ذَلِكَ ثُمَّ ربح أَخَذَ صاحب الْمَال ما أنفق من رأس ماله، فَإِذَا سـافر فِيهَا فَقَدْ وقع الاحتباس بِمَالِ المضاربة، فأشبه الْمَرْأَة فِي بيت الزَّوْج، والقَاضِي فِي أعمال الْمُسْلِمِينَ.

فـإِنْ كَانَ خروجه دون السـفر نظرنا فِيهِ فإِنْ كَانَ يغدو ثُمَّ يروح ويمسـي فِي منزلـه فَلَيْسَ بخـارج، وَإِنَّمَا هُوَ بِمَنْزِلَةِ أَهْل المصـر، لِأَنَّ أَهْل المصر يتَّجرون فِي السـوق ثُمَّ يبيتون فِي منازلهم فَلَا نفقة لَـهُ، وإِنْ كَانَ لَا يبيت بأهله كَانَتْ نفقته فِي المضاربة، لِأَنَّ خروجه قَدْ صَارَ للمضاربة ههنا، فَلَمْ يصر السـفر شـرطاً، والنفقة

---

(١) فِي ب

هِـيَ ما تصرف إِلَى الحاجة الدائرة الراتبة وَهُوَ الطعام والشـراب والكسـوة، فأمَّا الدوار فَإِنَّهُ من العوارض فَلَا يدخل النفقة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ نفقـة الْمَرْأَة عَلَى الـزَّوْج ودواءها فِي مالهـا، ونفقة الرهن عَلَى الراهن، ودواءه عَلَى المرتهن، فَإِذَا ربح الْمُضَارِب أَخَذَ رَبّ الْمَالِ تمام رأس ماله، لِأَنَّ قسـمة الربح إِنَّمَا شُـرعت بعد تسـليم رأس الْمَال حَتَّى يربحا، فأمَّا أن يربح الْمُضَارِب ويخسر رَبّ الْمَالِ فَلَا.

٩١٥- وَقَالَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: مَا أَنْفَقَ عَلَى المَتَاعِ مِنْ الحِمْلَانِ وَغَيرِهِ بَاعَهُ مُرَابَحَةً عَلَى ذَلِكَ، وَمَا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ لَمْ يَبِعْ المَتَاعَ مُرَابَحَةً عَلَيْهِ.

وأصل هَذَا[١]: أنَّ ما تعارف الناس إلحاقه برأس الْمَال يُلحق وإلا فَلَا، والفقه فِيهِ: أنَّ كل مالٍ قوبل بعينٍ قائمٍ فِي المتاع حقيقة أَوْ حكماً صَارَ بِمَنْزِلَةِ أصل الثَّمَن فوجب ضمه إِلَيْهِ كأنه اشْتَرَى شيئين.

وبيانـه: إِذَا صَبَغَ الثِّيَاب حمراً، وَقَدْ كَانَ قَـالَ لَهُ رَبّ الْمَالِ: اعْمَلْ فِيهِ بِرَأْيِك بَاعَهُ مُرَابَحَةً عَلَى الثَّمَن، وَعَلَى ما زَادَ الصّبغُ فِيهِ لِأَنَّهُ عوضٌ عن شيءٍ قائمٍ [بِهِ][٢]، وَلَـوْ اكتـرى للمتاع دوابَّ ألحق ذَلِكَ بـرأس الْمَال أَيْضـاً، لِأَنَّ القيمَ تزداد بالنقل فيصير ما يقابله بِمَنْزِلَةِ مالٍ متقومٍ يقابل الموجود حقيقة.

فأمَّـا الَّذِي أنفق عَلَى نفسـه فَـلَا يقابلُ زيادةً فِي العيـن لَا حقيقةً وَلَا حكماً، فَلِذَلِكَ لَمْ يبعه مُرَابَحَةً عَلَيْهِ.

---

(١) فِي ب: المسألة

(٢) فِي ب

٩١٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَى بِهَا مَتَاعاً وَقَدْ قَالَ لَهُ صَاحِبُ الْمَالِ: اعْمَلْ فِيهَا بِرَأْيِكَ، فَلَمَّا اشْتَرَاهُ حَمَلَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ [مِنْ عِنْدِهِ][1] قَالَ: هُوَ مُتَطَوِّعٌ فِيمَا صَنَعَ. وَكَذَلِكَ لَوْ قَصَرَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ مِنْ عِنْدِهِ، وَلَوْ صَبَغَ الثِّيَابَ حُمْراً صَارَ شَرِيكاً بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِي الثِّيَابِ فَلَا يَضْمَنُ الثِّيَابَ.

وأصل [ذَلِكَ][2] أن التصرفات فِي المضاربة ثَلَاثَة أقسام:

قسمٌ هُوَ من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الإيجاب، وَهُوَ الإيداع والإبضاع والإجارة والاستئجار وَالرَّهْن والارتهان وَمَا أشبه ذَلِكَ.

وقسمٌ آخر من ذَلِكَ لَيسَ من المضاربة الْمُطَلَّقَة لَكِنَّهُ يحتمل أن يلحق بِهَا عند وجود الدلالة، وَهُوَ إثبات الشَّرِكَة فِي مَالِ المضاربة بأن يدفع إِلَى غيره مُضَارَبَةً، أَوْ يخلط بماله أَوْ بِمَالِ غيره، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِك هَذَا بمطلق المضاربة لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ لَمْ يرض بشركة غيره، وَهُوَ أمرٌ زائدٌ عَلَى ما تقوم بِهِ التِّجَارَة، فَلَمْ يتناوَلْهُ مطلق عقد التِّجَارَة، فَإِذَا قيل لَهُ اعْمَلْ فِيهِ بِرَأْيِك ملك ذَلِكَ.

والقسم الثالث: ما لَيسَ من المضاربة، وَلَا يصلح أن يلحق بِهِ وَهُوَ الإقراض والاستدانة عَلَى الْمَال، لِأَنَّ الإقراض لَيسَ من التِّجَارَة، والاستدانة عَلَى رَبِّ الْمَالِ استبدال بِغَيْرِ رأس الْمَال والتوكيل مقيدٌ برأس الْمَال فَلَا يحتمل التعدي، إِلَّا

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

أن ينص عَلَيْهِ، فَإِذَا نص عَلَيْهِ اعتبر بِنَفْسِـهِ حَتَّى أَنَّهُ يصير بِمَنْزِلَةِ شـركة الوجوه لَا مُضَارَبَةً، لِأَنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فِيهِ رأس مالٍ.

فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا: إِذَا اكترى بمائة مِنْ عِنْدِهِ فَقَدْ اسـتدان عَلَى المضاربة بعد استغراق رأس الْمَال فَلَمْ يتعد عَلَى رَبّ الْمَالِ إِذَا لَمْ يصرح بالأمر، فَصَارَ بِهِ متبرعاً، وَكَذَلِـكَ إِذَا قصرها بمائة مِنْ عِنْدِهِ لَمْ يصر شَـرِيكاً لِأَنَّـهُ لَيْسَ فِي المتاع عين مالٍ قائمٍ، فأَمَّا إِذَا صبغها فَلَمْ يَمْلِك ذَلِكَ عَلَى المضاربة لما قلنا، لكن لَمْ يضيع ماله.

أَلَا تَرَى أَنَّ غاصباً لو صَبَغَ لَمْ يضع ماله، وَلَوْ قصر أضاع ذَلِكَ؟

فكذا هَذَا، فَصَارَ شَـرِيكاً فِـي الثِّيَاب بقدر ماله، فَإِذَا صَارَ شَـرِيكاً لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ قولَهُ: (اعْمَلْ فِيهِ بِرَأْيِك) أفاد لَهُ ولاية الخلط والشركة، ولولا ذَلِكَ لكان لرب الْمَال أن يضمنه.

وخصَّ الحمرة لِأَنَّ السـواد نقصـان عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، فأَمَّا سـائر الألوان فمثل الحمرة.

٩١٧- وَقَـالَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الْمُضَارِب إِذَا اشـترط زيادة عشرة دَرَاهِمَ عَلَى نصف الربح [أَنها فاسدةٌ، وَلَهُ أجر مثله][(١)].

لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ إِنَّمَا جُوّزت بطريق الشَّـرِكَة، وَهَذَا شـرطٌ يقطع الشَّـرِكَة لِأَنَّهُ ربما لَا يربح شَـيْئاً أَوْ لَا يربح إِلَّا عشـرة فتنقطع الشَّـرِكَة، فَإِذَا فسدت كَانَ لَهُ أجر مثله، معناه وزيادة عشرة من نصف صاحبه.

---

(١) فِي ب

٩١٨- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ [فِي رَجُلٍ](١) دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفاً مُضَارَبَةً عَلَى أن يَشْتَرِي ويبيع بِالْكُوفَةِ، فخرج بِالْبَصْرَةِ(٢) فاشْتَرَى بِهَا، قَالَ: إِذَا اشْتَرَى فَهُوَ ضَامِنٌ، وَقَالَ فِي المضاربة عَلَى أن يعمل بِهَا بِالْكُوفَةِ، قَالَ: إِذَا خرج من الْكُوفَة فَقَدْ خالف، وَقَدْ تحتمل التوقيت(٣).

أي إِذَا اشْتَرَى فَهُوَ ضَامِنٌ، لِأَنَّهُ لَمْ يردّ إِلَى الْكُوفَة ليبرأ فبقي(٤) ضامناً بالإخراج، ويحتمل الفرق وَذَلِكَ لِأَنَّهُ شرط الشراء والبيع، وبنفس الإخراج لَا يعجز عن ذَلِكَ فَلَا يضمن حَتَّى يستبدل وهناك شرط العمل.

وبنفس الإخراج صَارَ عاملًا بِغَيْرِ الْكُوفَة فضمن، وَإِنَّمَا صحَّ الشرط لِأَنَّهُ شرطٌ مفيدٌ لرب الْمَال، والمضارب وكيل فصح الشرط عَلَيْهِ.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي الْمُضَارِب إِذَا قيل لَهُ اعْمَلْ فِيهِ بِرَأْيك، وَقَالَ عَلَى أَنَّ ما ربحت فِيهِ من شيءٍ فَهُوَ بيني وبينك نِصْفَيْنِ، فَدَفَعَ إِلَى غيره مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ، فعمل الثَّانِي وربح، فإِنَّ لِلثَّانِي نصف الربح، [والنصف](٥) بين الْمُضَارِب الْأَوَّل ورب الْمَال نِصْفَيْنِ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَنَّ ما كَانَ فِيهِ من فضل، أَوْ عَلَى أَنَّ ما رزق الله تَعَالَى من شيءٍ فَهُوَ بيني وبينك نِصْفَيْنِ، والمسألة بحالها كَانَ النصف لِلثَّانِي، والنصف لرب الْمَال، وَلَا شيء للمضارب الْأَوَّل، أَمَّا الدفع إِلَى غيره مضاربه فَقَدْ صحَّ لما قلنا.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: إِلَى الْبَصْرَة

(٣) فِي الأصل التوفيق

(٤) فِي ب: فيصير

(٥) فِي ب

فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى: شرط لَهُ نصف ما يُنسب إِلَى الْمُضَارِب لِنَفْسِهِ فاشتراط النصـف المطلق للمضارب الثَّانِي لَا ينافي شـرط رَبّ الْمَـالِ، لِأَنَّهُ قَدْ بقي نصفٌ منسوبٌ إِلَى الْمُضَارِب فَصَارَ النصف الَّذِي لَهُ بينهما.

وَفِي المسـألة الأُخْرَى[1]: اشترط لِنَفْسِهِ النصف المطلق، وَلَا يسلم ذَلِكَ إِلَّا أن يصرف شرْطَ الْمُضَارِب الْأَوَّل النصفَ لِلثَّانِي إِلَى نصيبه خاصة، ويبقى النصفُ لرب الْمَال وَلَا يبقى للمضارب الْأَوَّل شيء.

٩١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا تَكُونُ مُفَاوضَةً بَـيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَأَهْلِ الْإِسْـلَام، وَلَا [تكـون][2] مُفَاوَضَةً إِلَّا بـين الْحُرَّيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ الْكَبِيرَيْنِ، أَوْ بين الْحُرَّيْنِ الذِّمِّيينَ الْكَبِيرَيْنِ، وَلَا يكون مُفَاوَضَةً حَـتَّى يكون مالهما عَلَى السـواء؛ قَالَ: وَإِنْ وَرِثَ أحـد الْمُتَفَاوِضَيْنِ عُرُوضَاً، [وَإِنْ وَرِثَ دَنَانِير أَوْ دَرَاهِمَ][3] أَوْ وهبت لَهُ فَهِيَ لَهُ وَلَمْ تَفْسُدْ الْمُفَاوَضَة.

وأصله أَنَّ الْمُفَاوَضَة جائزةٌ عندنا [خلافاً للشافعي ﷺ، فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا لَمْ تكن الْمُفَاوَضَة فاسدة لَا يَكُون فَاسِدَاً][4].

وَهِـيَ تقتضي ثَلَاثَة أشـياء: الْوَكَالَة فِي أعمـال التِّجَارَة وتوابعهـا، وَالْكَفَالَة بضمان التِّجَارَة ولواحقها، والاستواء فِي رَأْسِ الْمَال ابتداء وانتهاء.

---

(١) فِي ب: الثانية.

(٢) فِي ب.

(٣) فِي ب.

(٤) فِي ب.

أَمَّـا الْوَكَالَـة: فَـلَا بُـدَّ مِنْهَا لتحقيق الشَّـرِكَة، وَأَمَّـا الاسـتواء: فثابتٌ بصفة الْمُفَاوَضَـة لِأَنَّهَا فِي موضع اللغة تدل عَلَى الاسـتواء والضمان، وَالْكَفَالَة: وجبت بقضية الاسـتواء أَيْضاً، ولما كَانَ كَذَلِكَ شُـرط دوامه لِأَنَّ الشَّـرِكَة عقدٌ غير لازمٍ فيكون لدوامها حكم الابتداء، فيُشـترط لدوامها شرط الابتداء، وَإِذا ثبت هَذَا قلنا لَا تصلح الْمُفَاوَضَة بين الحر والعبد لأَنهما ليسا بسواءٍ لِأَنَّ ضمان العَبْد لَا يصح، وَكَذَلِـكَ [مفاوضة][1] المكَاتب مع الحر، وَكَذَلِكَ مفاوضة العبدين باطلٌ لما قلنا مـن سـقوط الْكَفَالَة، [وَلَا يقال تصح كفالة العَبْد بإذن سـيده، لِأَنَّـهُ إِذَا كفل بعذر قيمته مرة لَا يصح بعد ذَلِكَ، فانعدم الاستواء][2].

ومفاوضـة الصبي التاجر كَذَلِـكَ، ومفاوضة الْمُسْـلِمينَ الْكَبِيرَيْـنِ الْحُرَّيْنِ أَوْ الكافرين كَذَلِكَ صحيحة لوجود الْكَفَالَة والاستواء، وَمَا بين الْمُسْلِم والذمي لَا تصح.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: تصح، لِأَنَّ الذمي والمسلم سواء فِي التِّجَارَةِ وَالْكَفَالَة وَلَا عبـرة بالأفـراد فِيمَا يملكه الذمي وَلَا يملكه الْمُسْـلِم مثـل التِّجَارَة فِي الخمر والخنزيـر، لأن الْمُفَاوَضَـة تحتمل هَذَا القدر من التفـاوت فِيمَا قَدْ عمله أحدهما دون الآخر، وفيما عصبه أحدهما دون الآخر، وَمَا أشبه ذَلِكَ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ أنهما يتفاوتان فِي أعمال التِّجَارَة فتبطل الْمُفَاوَضَة كمـا تبطل بين الحـر والعبد، لِأَنَّ التِّجَـارَة فِي الخمور والخنازير تجـارةٌ مطلقةٌ، يملكهـا الذمي وَلَا يملكها الْمُسْـلِم، وَلَا يلـزم أنَّ التوكيل بِذَلِـكَ صحيحٌ[3] من

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: يصح

الْمُسْـلِم لِأَنَّ الذمي يَمْلِك التوكيل والمباشرة [مَعاً][١] فليسا سواء، وَإِنَ ازداد مالُ أحدهما مِنْ غَيْرِ جنس رأس الْمَال [بِأَنْ كَانَ مَتَاعَاً][٢] لَمْ يَكُنْ بِهِ بأس لِأَنَّ الاستواء فِيهِ لَيْسَ بشـرطٍ، وَفِي جنس رأس الْمَال يبطل لأن الاسـتواء فِيهِ شـرطٌ وَقَدْ فات، وَذَلِكَ الْمَال لَمْ يختص بِهِ لِأَنَّ المسـتفاد بالإرث والوصية والهبة لَيْسَ من التِّجَارَة وَلَا من الكسب الملحق بالتجارة[٣].

٩٢٠- وَقَالَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: لَا تكون مُضَارَبَةً إِلَّا بِدَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِير، وَلَا تكون مُضَارَبَةً بمثاقيل [من][٤] ذهبٍ وَلَا فضةٍ.

لِأَنَّ الْمُضَارَبَـةَ عقدت للتجـارة، والنقود هِيَ الموضوعـة للتجارة، وَهِيَ لَا تتعين، فَلَا يؤدي إِلَى ربح ما لَمْ يَضْمَنْ[٥]، لِأَنَّ ضمان الثَّمَن يجب عَلَى الْمُضَارِب.

وَأَمَّا المثاقيل فَإِنَّهَا سلعةٌ فِي هَذِهِ الرواية، لِأَنَّ الثمنية قائمةٌ بالصنعة المتقاربة،

(١) فِي ب
(٢) فِي ب
(٣) وَلَا يلزم شافعي المذهب، فَإِنَّهُ محجور عَلَيْهِ فِي متروك التسمية، فَكَانَ غير قادر عَلَى بيعه. حاشية أ

ومقصوده أنه لَا يلزمنا ما قَدْ يرد علينا من أن شـافعي المذهب يجوز عنده بيع متروك التسمية، وعندنا لَا يَجُوزُ، فَلَا تصح الْمُفَاوَضَة مَعَهُ لكونه مجتهداً فِيهِ بخلاف الذمي.

(٤) فِي ب
(٥) وإنمـا شـرط الدَّرَاهِم وَالدَّنَانِير لأنهما لَا يتعينان فِي العقـود، فيجب الثَّمَن فِي الذِّمَّة، فَلَا يـؤدي إِلَى ربح مـا لَمْ يَضْمَنْ، فخـرج عَلَى هَذَا كل مـا يتعين والقبض بثمـن لأنه منتفع بِعَيْنِهِ لأنه يصلح لَا سـبباً كغيره فَصَارَ كالسـلع بخلاف المضروب لأنه غير منتفع بِعَيْنِهِ بَلْ هُوَ سـلعة إِلَى تحصيل السـلعة الَّتِي هِيَ المقصود الانتفاع من دَفْعَ حرٍ أَوْ بردٍ أَوْ جوعٍ أَوْ ركوبٍ، وهذه المعاني لَا تحصل من العين المضروب أي من عينه. حاشية أ

قَالَ: إِذَا كَانَتْ نُقرة كَانَتْ صالحة لأنواع الصنعة فَلَا تصير أثماناً وَهِيَ لَيْسَتْ بأثمانٍ بحكم الخلقة، لكنها للتجارة والتصرف بحكم الخلقة، وَقَالَ فِي كِتَاب الصرف: إنَّها لَا تتعين بالتعيين، فعلى قياس ذَلِكَ يصح المضاربة بِهَا لِأَنَّهَا خلقت أثماناً كما خلقت للتجارة، والتجارة والثمنية سواء.

وَهَذَا غير صحيحٍ لأَنَّهم أجمعوا عَلَى أنَّ الحُلي والأواني المصوغة مِنْهَا لَيْسَتْ بأثمان[1] مع قيام الخلقة فثبت أنَّها خُلقت للتجارة بِهَا، لَيْسَتْ لَهَا منفعة أُخرَى مقصودة، فأمَّا الثمنية فحكمٌ متعلقٌ بالصنعة المتقاربة، فَإِذَا كَانَتْ نُقرة لَمْ تكن ثمناً، وَقَدْ ذكرنا حكم الفلوس الرائجة فِي كِتَاب المضاربة أنَّ المضاربة بِهَا باطلةٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله الآخر، ويجوز عند محمد رحمه الله وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ رحمه الله الْأَوَّل، لِأَنَّهَا أثمانٌ مطلقةٌ عند محمد رحمه الله، وعندهما لَيْسَتْ كَذَلِكَ.

٩٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَم مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ، فَرَبِحَ الْمُضَارِبُ فِيهَا أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ الْمُضَارِبُ: دَفَعْتَ إِلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ وَرَبِحْتُ فِيهَا أَلْفَ دِرْهَم، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بَلْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ الأَلْفَينِ جَمِيْعاً مُضَارَبَةً؛ قَالَ: القولُ قَوْلَ الَّذِي أَخَذَ الْمَال مُضَارَبَةً.

وَلَمْ يذكر فِي هَذَا الْكِتَاب قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله الْأَوَّل، وذكره فِي المضاربة أَنَّهُ كَانَ يقول: القول قول رَبِّ الْمَالِ، [وَبِهِ قَالَ زفر رحمه الله][2]، لِأَنَّ الْمُضَارِب يدّعي الربح والشركة، ورب الْمَال ينكره [فَصَارَ كدعوى العامل المضاربة،

---

(١) لِأَنَّهَا تتعين بالتعيين. حاشية أ

(٢) فِي ب.

ودعوى رَبّ الْمَالِ البضاعة أنَّ القول قول رَبّ الْمَالِ][1].

ووجه قولَهُ الآخر [وَبِهِ أَخَذَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ][2] أنَّ حاصل اختلافهما واقع فِي مقدار المقبوض، والقابض أحق بمعرفة مقدار المقبوض.

أَلَا تَرَى أَنَّ القولَ قولُ الغاصب فِي مقدار المغصوب؟ فلأن يقبل قول الأمين فِيـهِ أولـى، فأمَّا وجود الربح وعدمه فبناءٌ عَلَى معرفة مقـدار المقبوض، وتابعٌ لَهُ، والرجحـان فِي الأصل لقول الْمُضَارِب[3]، والرجحان فِي البَائِع لقول رَبّ الْمَالِ، والبائع لَا يعارض المتبوع، فَلَا يصلح ناسخاً لَهُ أَيْضاً.

قَـالَ: وَلَوْ قَالَ رَبّ الْمَـالِ دفعته إليك بضاعة فإنَّ القول قولَـهُ، لأَنَّهما اتفقا عَلَى مقدار المقبوض، غير أنَّ العامل ادَّعَى تقويم العمل والشركة فِي مَالِهِ، فجعلنا القول قول خصمه لإنكاره.

٩٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً، فَاشْتَرَى بِهَا عَبْدَاً فَهَلَكَتْ الأَلْفُ بَعْدَ الشِّرَاءِ؛ قَالَ: عَلَى رَبِّ الْمَـالِ أَنْ يدْفَعَ إِلَيْهِ أَلْفَاً أُخْرَى أَبَدَاً، فَإِذَا دَفَـعَ أَلْفَاً دَفَعَهَا الْمُضَارِبُ إِلَى البَائِعِ، ثُمَّ بَاعَ العَبْدَ بِرِبْحٍ كَثِيرٍ، فَرَأْسُ الْمَالِ جَمِيعُ مَا دَفَعَ إِلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ مِنْ بَعْدِ.

وقولَـهُ أَبَدَاً من الخواص، وحاصل المسـألة: أنَّ الْمُضَـارِب رَجَعَ مرةً، فَإِنْ

(١) فِي ب.

(٢) فِي ب.

(٣) لأنه يمكن القبض فِيمَا دون الألف، والمقبوض أصل فِي هَذَا البَابِ. حاشية أ

هَلَـكَ رَجَعَ أُخْرَى، فَإِنْ هَلَـكَ فَكَذَلِكَ ثُمَّ كَذَلِكَ أَيْضاً، والوكيل بِالشِّـرَاءِ إِنْ كَانَ الثَّمَنُ غير منقودٍ إِلَيْهِ فاشْـتَرَى ثُمَّ قبض الثَّمَن فَهَلَكَ عنده غرم مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يَرْجِع أَبَـدَاً، وإِنْ كَانَ الثَّمَـنُ مَنْقُودَاً ثُمَّ اشْـتَرَى ثُمَّ ملك يَرْجِع بِهِ، فَإِنْ هَلَـكَ مِنْ بَعْدِ لَمْ يَرْجِع بعد ذَلِكَ أَبَدَاً، وَإِنَّمَا افترق الفصلان فِي الْوَكَالَة، لِأَنَّ قبضه قبل الشراء بحق الْأَمَانَـة دون الاسـتيفاء، فَإِذَا هَلَكَ فَهُوَ دائمٌ[1] عَلَى الْأَمَانَة رَجَعَ بِهِ صَارَ مسـتوفياً ثُمَّ لَا يَرْجِع، وَإِذا كَانَ غير منقودٍ حَتَّى[2] اشْـتَرَى ثُمَّ انتقد وَقَدْ اسْـتَوْفَى فَلَا يَرْجِع، والفرق بين الْوَكَالَة وَالْمُضَارَبَة أنَّ الضمان لَا ينافي الْوَكَالَة[3].

أَلَا تَرَى أَنَّ الغاصب إِذَا وكل بِبَيْعِ المغصوب جَازَ؟ فَلَمْ يصر أميناً، [حَتَّى إِذَا هَلَكَ بعدما صَارَ وكيلًا فِي يَدِ الغاصب ضمن][4]، [أَمَّا الوكيل][5] بِالشِّـرَاءِ وجب عَلَيْهِ الثَّمَن لِلبَائِعِ ووجب لَهُ عَلَى الموكل.

فَإِذَا اسْـتَوْفَى حقه من الموكِّل حُمل قبضه عَلَى أَنَّهُ اسـتيفاءٌ لحقه لَا عَلَى جهـة[6] الْأَمَانَة، فَإِذَا اسـتوفاه مـرّة لَمْ يبق الحق أصـلًا، والمضارب لَا يصلح ضامنـاً بحال[7]، وَلَوْ حُمل قبضه عَلَى الاسـتيفاء لصار ضامنـاً وَهُوَ مضاربٌ، وَذَلِكَ باطلٌ فحُمل قبضه عَلَى جهة الْأَمَانَة دون الاستيفاء.

(١) فِي ب: قائم

(٢) فِي ب: حين

(٣) وإن كَانَ الأصل عدم الضمان بدليل أن الوكيل لَا يَجُوزُ أن يصير كَفِيلاً بالثمن. حاشية أ

(٤) فِي ب.

(٥) فِي ب.

(٦) فِي ب: وجه

(٧) لأن من المضاربة العمل، فلو قلنا بضمان الثَّمَن لكان من جانبه الْمَال وَهَذَا خلاف موضوع هَذَا العقد. حاشية أ

والثانـي أنَّا لو لَمْ نحمل قبـض الوكيل عَلَى الاسـتيفاء لأبطلنا حق الموكِّل أصـلًا لِأَنَّهُ إِذَا رَجَعَ عَلَيْهِ [بألف][(١)] أُخْرَى ضَـاعَ ذَلِكَ أصلًا، وضرر الوكيل دون ضـرر الموكل، [وَإِنَ تضـرر حيث لَا يثبت لَهُ حق الرجوع عَلَـى الموكل غير مرةٍ دون ضرر الموكل][(٢)]، فاخترنا أهون الأمرين.

فأمَّا هاهنا فإنَّ حق رَبّ الْمَالِ لَا يبطل[(٣)] إِذَا حُمل عَلَى جهة الْأَمَانَة لِأَنَّهُ ملحق برأس الْمَال ويسـتوفيه من الربـح، وَإِذا حملناه عَلَى الاسـتيفاء لَلَحق الْمُضَارِب ضرر[(٤)] فوجب اختيار أهون الأمرين[(٥)] أَيْضاً، وَإِنَّمَا جَعَلَ الكل رأس الْمَال تحقيقاً للربح حَتَّى لَا يربح الْمُضَارِب ويخسر رَبّ الْمَالِ، والله أعلم بالصواب.

وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي الربح إِذَا شـرط فِي المضاربة: ثلثه للمضارب، وثلثـه لرب الْمَال، وثلثه لعبد رَبّ الْمَالِ، وشـرط عَلَيْهِ العمـل أَنَّهُ جائز، والثلثان لرب الْمَال لأن عبد رَبّ الْمَالِ، تنفرد هَذِهِ عن رَبّ الْمَالِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ إذنه يصح وكتابته تصح؟ وَلَيْسَ لِلمَوْلَى أن يسترد وديعة العَبْد، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ صحت التخلية، وَإِذا شرط عَلَيْهِ عمل نفسه عدمت التخلية، وَالْمُضَارَبَة تُعقـد للربـح بالتصرف، وَذَلِكَ لَا يصـح إِلَّا بِالْيَدِ، والتخلية وَمَا شـرط للعبد فَهُوَ لمَوْلَاهُ، فِإنْ كَانَ عَلَى العَبْدِ دين كَانَ غرماؤه أحق بِذَلِكَ الثلث من الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ لما شُرط عمل العَبْد صَارَ الثلث من مكاسب العَبْد، والله أعلم بالصواب.

---

(١) فِي ب

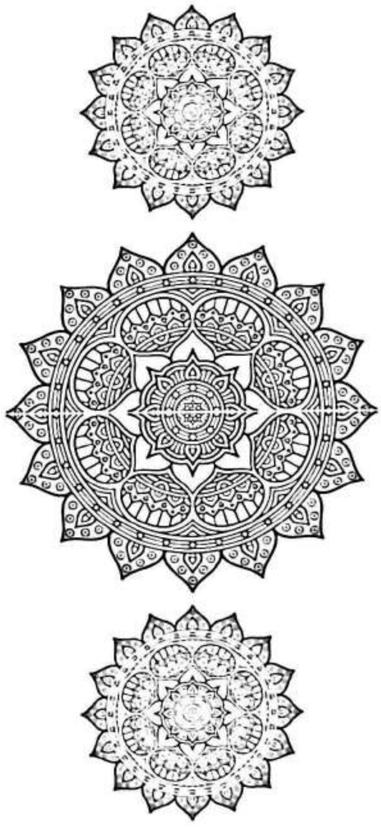
(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: لَا يضيع.

(٤) لأنه يضيع عَلَيْهِ أصلًا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَرْجِعَ بالربح. حاشية أ

(٥) وَهُوَ أن لَا يحمل عَلَى الاستيفاء. حاشية أ

٢٤- كِتَابُ الوَدِيعَةِ



٩٢٣- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ فِي يَدِهِ أَلْفُ دِرْهَـمٍ، ادَّعَاهُ رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي أَنَّـهُ أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، فَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ لَهُمَا؛ قَالَ: الأَلْفُ بَيْنَهُمَا، وَيُغَرَّمُ أَلْفاً أُخْرَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ.

[وَهَـذَا][1] لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صحت دعواه فتوجهت الْيَمِين لَهُمَا جَمِيْعاً، وَإِنَّمَـا يحلف لِـكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بانفراده، فَإِنْ حَلَـفَ لِأَحَدِهِمَا حُلّف لِلآخَرِ، فَإِنْ حَلَفَ أَيْضاً فَلَا شَـيْءَ لَهُمَـا، وَإِنْ نَكَلَ لِلثَّانِي فالألف لَهُ، وَإِنْ نَـكَلَ لِلْأَوَّلِ حُلّف لِلثَّانِي أَيْضاً لِأَنَّهُ يصح نكوَلَهُ لَهُ لو نَكَلَ لِلثَّانِي، فَإِنْ حَلَفَ لِلثَّانِي فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ نَكَلَ لِلثَّانِي فالألف بينهما لِأَنَّهُ قَدْ أوجب الحق لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ببذله أَوْ بإقراره، وينبغـي للقاضي أن لَا يَقْضِـي بالنكول لِلْأَوَّلِ حَتَّى يحلـف لِلثَّانِي ليظهر لَهُ وجه الحكم، فَإِذَا نَكَلَ قَضَى لَهُمَا جملة.

فإن حكم لِـلْأَوَّلِ ثُمَّ حلّفـه لِلثَّانِي فنكل يجب أَنْ يَكُـونَ الجواب كَذَلِكَ أنَّ الألـف القائمة بينهما، ويغرم ألفـا أُخْرَى بينهما، لأن تقديم الْيَمِين لِأَحَدِهِمَا إِمَّـا أن يقع باختيـار القَاضِي وَذَلِـكَ لَا يصلح لإبطال حق المسـتحق، وإمَّا أن يقع بالقرعة، وَلَيْسَـتْ بحجةٍ لإبطال أَوْ إيجاب، فيجب أن تكون بينهما، وألف أُخْرَى يضمنها بينهما، لأن نكوَلَهُ أوجب لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كل الألف، كَانَ لَيْسَ مَعَـهُ غيره، فأمَّا إِذَا صرف إليهما فَقَدْ صرف نصف نصيب هَذَا الَى هَذَا، ونصف نصيب هَذَا الَى هَذَا.

---

(١) فِي ب.

٩٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْدَعَ رَجُلاً مَالاً؛ قَالَ: لَهُ أن يخرج بِهِ.

وَهَذَا عندنا، وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: لَيْسَ لَهُ أن يسافر بِهِ، وَإِنَ فعل ضمن، وَاحْتَجَّ بِأَنَّهُ مأمورٌ بالحفظ، والسـفرُ بِهِ يُنافي الحفظ لقولَهُ النبي ﷺ: (انَّ المُسَافِرَ ومتَاعَه عَلَـى قَلَتٍ[1] إِلَّا مَا وَقَى اللهُ تَعَالَـى)[2]، ولأصحابنا أَنَّهُ مأمورٌ بالحفظ عاماً[3] مِنْ غَيْـرِ خصوصٍ فيلزمه أن يحفظه حفظاً متعارفاً كمـا يحفظ ماله، وحفظ الْمَال فِي السَّفَرِ معهودٌ مطلقٌ فِي الشريعة.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَصِيّ يفعل وَلَا يضمن؟

والحديث محمـولٌ عَلَى الابتداء حيـن كَانَ يغلب أَهْـل الحرب، واختلف أصحابنـا رحمهم الله مِنْ بَعْدِ، فَقَالَ أَبُـو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يضمن قصُر الخروج أَوْ طَالَ، كَانَ لَهُ حمل مؤنة أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ رَحِمَهُ اللهُ: إن قصُر الخروج لَمْ يَضْمَنْ بِكُلِّ حَالٍ، وَإِنَ طَالَ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا فِيمَا لَهُ حملٌ ومؤنةٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: كَذَلِكَ إِلَّا فِيمَا لَهُ [حمل][4] ومؤنة، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِك أن يخرج بِهِ قَصُر أَوْ طَالَ.

---

(١) القلت بفتح اللام الهلاك. حاشية أ

(٢) قَالَ النووي فِي تهذيب الأسـماء واللغات لَيْسَ هَذَا خبراً عن رسول الله ﷺ وإنما هُوَ من كلام بعض السلف فقيل إنه عن علي كرم الله وجهه وذكر ابن السكيت والجوهري أنه عن بعض الأعراب. اهـ من كشف الخفاء ج١/ ص٢٤٥

(٣) أي عام فِي حق الأوقات والأمكنة إِلَى أن يسترد مِنْهُ. حاشية أ

(٤) فِي ب

اعتبر أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله العموم كما هُوَ طريقه فِيمَا سبق فِي مسائل الْوَكَالَة، وهما اعتبرا المتعارف والظاهر أنَّ صاحب الْمَال لَا يرضى بِمَا يركبه من المؤنة، فَصَارَ مستثنى، إِلَّا أنَّ أبا يُوسُفَ رحمه الله [جَعَلَ لَا ضرورة فِي هَذَا، والضرورة](١) جَعَلَ القليل مِنْهُ عفواً، كما جَعَلَ الغبن اليسير فِي التجارات عفواً بِالْإِجْمَاعِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: لَا ضرورة فِي هَذَا، والضرورة تُجعل عفواً، قَالَ: وَلَهُ أن يضعه حيث شاء فِي مِلْكِهِ من دارٍ أَوْ بيتٍ أَوْ حانوتٍ أَوْ غير ذَلِكَ مِمَّا يُحفظ بِهِ لما قلنا من إطلاق الأمر، وَلَهُ أن يدفعه إِلَى ما شاء من عياله لما ذكرنا أنَّ الأمر مطلق، فانصرف إِلَى الحفظ المعهود، وَإِنَّمَا يحفظ [الإنسان](٢) أمواله فِي العادة بيده وأيدي من فِي عياله، فَصَارَ الإطلاق إذناً لَهُ.

قَالَ: فإن نَهَاهُ عن الدفع إِلَى عياله، فإن دفعه إِلَى من لَا بُدَّ لَهُ من عياله فَهُوَ جَائِزٌ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وإِنْ كَانَ يجد بُداً مِنْهُ فَهُوَ ضَامِنٌ، أَمَّا إِذَا كَانَ عَنْهُ بُدٌّ، فلأن هَذَا النهي مفيدٌ والعمل بِهِ ممكنٌ، فإنَّما قلنا هَذَا انَّهُ مفيد لِأَنَّ من العيال من لَا يؤتمن عَلَى الْمَال وَلَا يُحتاج إِلَيْهِ فِي الحفظ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّجُل يحفظ أعز أمواله بيده مِنْ غَيْرِ أن يأتمن غلامه وولده عَلَيْهِ؟ فثبت أَنَّهُ مفيدٌ والعمل بِهِ ممكنٌ [فَلَمْ يكن مناقضاً لأهله فوجب العمل بِهِ](٣)، فأمَّا إِذَا كَانَ ممن لَا بُدَّ مِنْهُ بأن أَوْدَعَ دابة، وَقَالَ: لَا تدفعها إِلَى غلامك

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

أَوْ نَهَـاهُ عـن الدفع إِلَى امرأته، والرجل ممن لَا يجد بُداً عَنْهَا، فهذا شـرطٌ تناقض أصله[1] فَصَارَ باطلًا.

٩٢٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْدَعَ رَجُلاً وَدِيعَةً، وَأَمَرَهُ أن يجعلها فِي دَارِهِ وَنَهَاهُ عَنْ الوَضْعِ فِي دَارٍ [لَهُ][2] أُخْرَى فَوَضَعَهَا فِي الَّتِي نَهَاهُ عَنْهَا فَهَلَكَتْ؛ قَالَ: هُوَ ضامنٌ، وإِنْ كَانَ بَيْتَانِ فِي دَارٍ وَاحِدٍ.

والمسـألة بحالها لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الشـرط إِنَّمَا يصح إِذَا كَانَ مفيداً والعمل بِهِ ممكنـاً، والنهـي عن الوضع فِـي دار أُخرَى مفيد لِأَنَّ الـدور إِذَا اختلفت وتباينت كَانَتْ مختلفةً فِي الأمن والحفظ، فصح الشـرط وصـح النهي، والعمل ممكنٌ بِهِ لِأَنَّهُ يَسْتَغْنِي بِأَحَدِهِمَا عن الأُخْرَى[3].

وَأَمَّا البيتان فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ فقلما يَخْتَلِفَانِ فَصَارَ الشـرط غير مفيدٍ[4] والعمل بِـهِ متعذرٌ أَيْضَاً حَتَّى أَنَّهُ إن ظهر التفاوت بِأَنْ كَانَتْ الدار عظيمةً والبيت الَّذِي نَهَاهُ عَنْهُ عورةٌ ظاهرةٌ صحَّ الشرط أَيْضَاً.

---

(١) لأنه إِذَا لَمْ يمكنه الحفظ دونه صَارَ النهي عن الدفع إِلَيْهِ كالنهي عن الحفظ فَصَارَ مناقضاً لأصله وَهُوَ الحفظ. إيضاح حاشية أ

(٢) فِي ب

(٣) وَفِي شـرح الطحاوي فِي مسـألة الدارين إِذَا كانتا فِي الحرز عَلَى السواء أَوْ تكون المنهي عَنْهَا أحرز فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَفِي الوديعة لبعض المشـايخ أن الدار المنهي عَنْهَا وإن كَانَتْ أحرز يجب الضمان. حاشية أ

(٤) فَـلَا يتعيـن، أَلَا تَرَى أنه لو قَـالَ لَهُ احفظ فِي هَـذَا الصندوق فِي هَـذَا البيت فحفظها فِي صندوق آخر فِي ذَلِكَ البيت يضمن. حاشية أ

٩٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي ثَلَاثَـةِ[١] نَفَرٍ أَوْدَعُوا رَجُـلَاً أَلْفَ دِرْهَمٍ [وَدِيعَةً][٢] فَغَابَ اثْنَانِ، وَجَاءَ واحدٌ يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ؛ قَالَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الأموال[٣] كلها الَّتِي تحتمل القسمة.

وجه قولَهُما: أَنَّ الحاضر طلب مِنْهُ تسـليم نصيبه فصح، ولزم الآخر تسليمه كالألف لو كَانَتْ ديناً عَلَيْهِ.

وجـه قولَهُ: أَنَّ الحاضر طلب حق غيره فَلَا يلزم المطلوب تسـليمه إِلَيْهِ كما فِي مَالِ غيره، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ حقه شـائع، وَهُوَ إِنَّمَا يطالبه بتسليم مالٍ متعينٍ، وَذَلِكَ لَا يصلح حقاً لَهُ إِلَّا بالقسمة، وَلَا خلاف أَنَّ القسمة لَا تصح[٤]، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ بطل التسـليم وَلَا يشـبه الدين، لِأَنَّ المديون يسلم ماله فصح الطلب، ونظيره الرَّجُل يغيب وَلَهُ [عبدٌ][٥] عند إنسان وَدِيعَةً ودينٌ فجاء رجلٌ فَقَـالَ: إِنَّ فُلَانَاً وكلنـي بقبض الودائع مِنْـكَ فصدقه، وأبى أن يسـلمها إِلَيْهِ،

---

(١) الأصل وضع المسألة فِي الاثنين، فثبت أن الوضع فِي الثلاثة ههنا اتفاقي. حاشية أ

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: كل مال

(٤) أي إِذَا ولاهـا المـودع، أَلَا تَرَى أن الباقـي إِذَا هَلَكَ فِي يَدِ المـودع كَانَ للغائب أن يأخذ نصف ما أَخَذَ الحاضر. حاشية أ

(٥) فِي ب

لَمْ يجبره القَاضِي، وَفِي الدين يجبره، والفرق ما قلنا[1].

٩٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَسْتَودِعُ الرَّجُلَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَوْدَعَهَا الْمُسْتَودَعُ رَجُلاً آخرَ فَهَلَكَتْ عِنْدَهُ؛ قَالَ: لِلمُسْتَودِعِ أَنْ يُضَمِّنَ الْأَوَّل، وَلَيْس لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الثَّانِي. وَقَالَ أَبو يُوسُفَ[2] وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يُضَمِّنُ أَيُّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّل لَمْ يَرْجِع عَلَى الثَّانِي، وَإِنْ ضَمَّن الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّل، أَمَّا الْأَوَّل فلأنَّ المودَع لَا يَمْلِك الإيداع عندنا، خلافاً لابن أبي ليلى ﷺ.

وجـه قولنـا: إنَّ من ملك شَـيْئاً ملك تمليـك غيره مثل ما ملـك، كالمأذون يإذن، والمكاتب يكاتب، والمسـتأجر يؤاجر، والمستعير يعير، ولأصحابنا ﷺ أنَّ المـودع إِنَّمَا رضي بحفظه خاصـة، والنَّاس فِي الحفظ والأمانـة يتفاوتون تفاوتاً فاحشاً، فَصَارَ الإيداع تعدياً.

والجـواب: أنَّا لَا نقـول إنَّ المودع مالـك لَكِنَّهُ رجلٌ ملك منافع نفسـه فَلَا يَمْلِك تسليم غير ما ملك، فَإِذَا ثبت هَذَا ضمن الْأَوَّل لما قلنا.

ووجه قولَهُما: أنَّ الثَّانِي إِنَّمَا قبض الْمَال من يد ضمين، فَصَارَ ضامناً كمودَع الغاصب.

وجـه قول أَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الثَّانِـي إِنَّمَا وصل إِلَيْهِ الْمَـال من يد أمينٍ فَلَا يضمـن كما لو فعلـه بأمر صاحب الْمَـال، وَإِنَّمَا قلنا هَـذَا لِأَنَّ المالك إِنَّمَا رضي

(١) فِي ب: ما مر

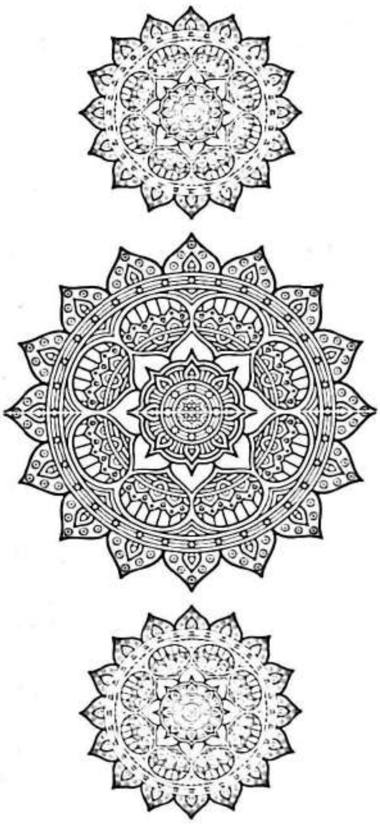
(٢) فِي ب: يعقوب

بحفـظ المودَع، وَذَلِـكَ إِنَّمَا يختص برأيه وتدبيره لَا بصورة يـده، وَذَلِكَ كالوكيل بِالْبَيْـعِ لَا يَمْلِك التوكيل، إِلَّا أن يبيع الوكيل بحضرته فيصح لِأَنَّ المراد من التعيين والتخصيص رأيه لَا عبارته فَكَذَلِكَ هَذَا.

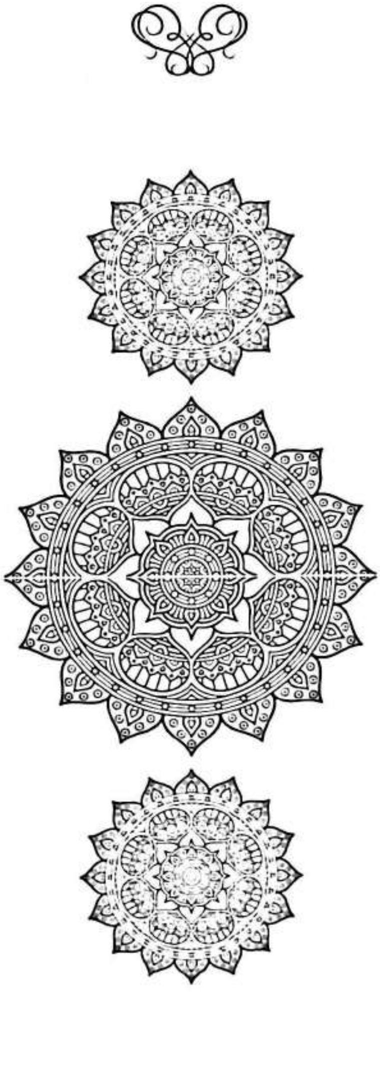
والدليـل عَلَيْهِ أَنَّ الْأَوَّل إِذَا لَمْ يفـارق الثَّانِي وَأَمَرَهُ أن يحفظ بحضرته فَهَلَكَ لَـمْ يَضْمَنْ، فَصَـارَ نفس الإيداع الَّـذِي لَا يقطع رأي الْأَوَّل مطلقاً لَـهُ فَلَمْ يضمن بِـهِ، وَلَمْ يضمن الثَّانِي أَيْضاً، فَإِذَا فـارق الْأَوَّل الثَّانِي فإِنَّما يضمن الْأَوَّل بالتضييع بتـرك الحفظ حين فارقـه، والثاني صَارَ أميناً وَلَمْ يضيع، وهمـا يقولان إِنَّمَا يصير الْأَوَّل مضيّعاً بالمفارقة لأن الثَّانِي لَا يصلح حَافِظَاً وَلَا أميناً، فَإِذَا كَانَ الْأَوَّل يضمن بالترك عند الثَّانِي كَانَ من ضرورته أَنْ يَكُونَ الثَّانِي ضامناً [لَهُ][1].

والجواب: أَنَّ رَبّ الْمَالِ لو قَالَ لَهُ أذنت لك أن تدفعه إِلَى فلانٍ لكن بشـرط أن لَا تفارقـه ففارقه ضمـن الْأَوَّل دون الثَّانِي، وَهَذَا تقدير مسـألتنا، فَصَارَ الثَّانِي مودعـاً منفرداً فِي حق نفسـه وَلَا ينفرد فِي حـق الْأَوَّل، والله أعلم، وَإِذا ثبت هَذَا، فعندهما الثَّانِي مودعٌ الْأَوَّل، لَا مودع رَبّ الْمَالِ، فَإِذَا ضمن الْأَوَّل نفذ إيداعه فَلَمْ يَرْجِـع عَلَى مودعـه، وَإِنَ ضمن الثَّانِي فَهُوَ مـودع الْأَوَّل، فَإِذَا لحقه ضمان وعبده رَجَعَ بِهِ كما قلنا فِي مودع الغاصب، والله أعلم.

(١) فِي ب



٢٥- كِتَابُ العَارِيَةِ



٩٢٨- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَـمِّ شَيْئاً؛ قَالَ: لَهُ أَنْ يُعِيرَهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤاجِرَهَا، فَإِنْ آجَرَهَا فَعَطَبَتْ فَهُوَ ضَامِنٌ.

[قَـالَ رضي الله عنه](١): العارية عَلَى أربعة أوجه، وجـهٌ مِنْهَا: أن تكون مطلقة الْوَقْت مطلقة الانتفاع، فللمسـتعير أن ينتفع أيَّ نوعٍ شـاء فِي أيّ وقتٍ شاء عملًا بإطلاق العقد.

والثانـي: أن تكون مقيدة الْوَقْت مقيدة الانتفاع، بـأن قيدها بيومٍ ونص عَلَى ضـربٍ من المنافع فَلَيْـسَ لَهُ أن يُعدّ، وَذَلِكَ عملًا بالتقييد، إِلَّا أَنْ يَكُونَ خلافاً إِلَى حيـن(٢) أَوْ إِلَى مثل المسـمى، فَلَا يضمـن، وإِنْ كَانَ الْوَقْت مقيداً دون المنفعة أَوْ الانتفاع مقيداً دون الْوَقْت عمل بِذَلِكَ أَيْضاً، فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا فِي مسـألة الْكِتَاب: أطلق الْوَقْت والانتفاع، فَلَهُ أن يركب إِنْ شَاءَ، وَأَنْ يحمل إِنْ شَاءَ، فإن أعارها غيره للحمـل جَازَ، لِأَنَّ النَّاس فِي الحمل لَا يتفاوتون، والمسـتعير عندنـا يعير فِيمَا لَا يتفاوت فِيهِ النَّاس.

---

(١) فِي ب

(٢) بأن استعار دابة ليحمل عَلَيْهَا كذا قفيزاً من الحنطة، فحمل عَلَيْهَا مثل ما سَمَّى من الشعير هَذَا خلاف إِلَى حين، لأن ما حمل أخف وزناً وأقل ضرراً بالدابة، وَلَوْ حمل عَلَيْهَا مثل ما سَمَّى من القفزان من الحنطة لغيره كمون وَهَذَا إِلَى مثل لأنه لَا يتفاوت بين أن يحمل طعام نفسه أَوْ طعام غيره، فَلَمْ يكن للتخصيص فِي حق هَذَا فائدة، وَلَوْ استعار ليحمل عَلَيْهَا قطناً فحمل عَلَيْهَا مثل وزنه حديداً يضمن لأنه مجتمع فِي موضع وَذَلِكَ يتفرق عَلَى ظهرها. إيضاح هامش أ

وَإِنَ أعار للركوب صحّ عَلَى أَنَّهُ تعيينٌ لَا عَلَى أَنَّهُ نقلٌ وتمليكٌ، لِأَنَّ المستعير للركـوب لَا يَمْلِك أن يعير لتفاوت الناس لَكِنَّهُ لَمْ يعين الراكب هاهنا فيملك ذَلِكَ باعتبـار التعييـن، حَتَّى أَنَّهُ لو ركب بِنَفْسِـهِ من بعدها ضمن، وَهَـذَا عدنا عَلَى أَنَّ المستعير يعير، وَقَالَ الشافعي: لَا يعير لِأَنَّهُ مباحٌ لَهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ المعير يَرْجِع مَتَى شاء، وأنه يصح مع الجهالة فَلَا يَمْلِك الإباحة؟

وجـه قولنا: أَنَّهُ مالكٌ، فملـك التمليك بقدر ما ملك كما فِي المسـتأجر أَنَّهُ يؤاجر والْمُوصَى لَهُ بالخدمة أَنَّهُ يعير.

وَإِنَّمَـا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ المنفعة تحتمل التمليك ببدلِ فَلَا بُدَّ من ذَلِكَ إِذَا كَانَ بِغَيْرِ بدلِ لِأَنَّ صيغة الإيجاب قائمة، والمحل غير متبدلِ، وَإِنَّمَا يلزمه لِأَنَّهُ تبرعٌ لَمْ يتصل بِهِ التسليم فِي كل وجهٍ[1]، وَلَمْ تكن الجهالة مانعة لِأَنَّهَا تزول عند التمام وَهُوَ التسليم، وَإِنَّمَا قلنا أَنَّهُ لَا يؤاجر لِأَنَّ المنافع عندنا لَيْسَتْ بأموالٍ متقومةٍ إِلَّا عند العقد.

وَإِنَّمَـا يثبت لَهَا التقوم بقـدر أثر العقد، فيصير فِي حكم عقد المعَاوضة باقية عَلَى أصلها أَنَّها لَيْسَـتْ بِمَالٍ، فَلَا يَمْلِك الإجـارة باعتبار العقد، وَكَذَلِكَ قولنا فِي الْمُوصَى لَهُ بالخدمة.

واختلف مشـايخنا ﷺ فِي المسـتعير هل يُودِع قصداً؟ قَـالَ بعضهم: يودِع قصداً لِأَنَّهُ دون الإعارة، وَقَالَ بعضهم: لَا يودِع قصداً كما لَمْ يثبت لَهُ قصداً.

٩٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ اسْـتَعَارَ دَابَّةً

---

(١) فِي ب: جزء

فَرَكِبَهَا ثُمَّ رَدّها مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ أَوْ مَعَ عَبْدِ رَبِّ الدَّابَّة أَوْ أَجِيرِهِ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنَ رَدَّهَا مع أَجْنَبِيّ ضَمِنَ.

لِأَنَّ المستعير فِي حق العين مودعٌ وأمينٌ، والمودع يَمْلِك الدفع إِلَى من فِي عياله، وعبده فِي عياله، فَكَذَلِكَ أجيره إِذَا كَانَ مسانهةً[1] أَوْ مشاهرةً، فأمَّا إِذَا كَانَ مُياومة فَلَا، وَكَذَلِكَ عند رَبّ الدَّابَّة أَوْ أجيره، وَلَمْ يفصل بين عبده الَّذِي يقوم عَلَيْهِ والذي لَا يقوم عَلَيْهِ، والصحيح أنَّهما سواءٌ، لِأَنَّ الَّذِي لَا يقوم قَدْ يأخذه فِي بعض الأوقات، وَأَمَّا إِذَا دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيّ ضمن كالمودع لَا يَمْلِك الإيداع، فإن فعل ضمن.

ودلت هَذِهِ المسألة عَلَى أنَّ المستعير لَا يَمْلِك الإيداع قصداً، وَقَدْ قَالَ من مشايخنا رحمهم الله: أَنَّهُ [لَا][2] يَمْلِك الإيداع، وَهُوَ اختيار مشايخ العراق، قالوا فِي هَذِهِ المسألة: إنَّ العارية قَدْ انتهت فبقي مودعاً، فقلنا: قَدْ ثبت بهذا أنَّ الإيداع عند قيام الإعارة بملك تبعاً لَهَا، فَلَا يزيد عَلَيْهَا، ومعنى قولَهُ: (ضمن) أي إِذَا عطبت.

٩٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يدفع إِلَى الرَّجُل الأَرْضَ البَيْضَاءَ لِيَزْرَعَهَا؛ قَالَ: يَكْتُبُ أَنَّكَ أَطْعَمْتَنِي. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رحمهما الله: يَكْتُبُ أَنَّكَ أَعَرْتَنِي.

(١) المسانهة: الأجير عَلَى سنة.
المشاهرة: الأجير عَلَى شهر.
المياومة: الأجير عَلَى يوم.

(٢) فِي ب

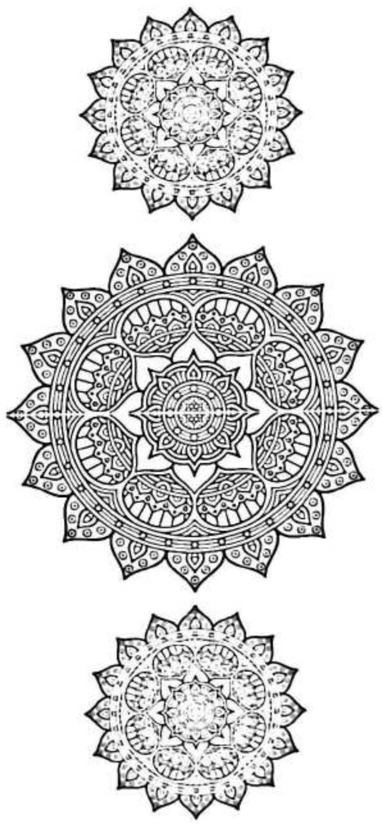
وَهَـذِهِ مِنْ الخَـواصّ، وجه قولَهُما: إنَّ الإعارة هِـيَ اللفظة الموضوعة لهذا العقد، فيكون الموضوع أحق من المستعار.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهما لفظان طريقهما واحدٌ، وأَبْينهما وأَدْلُهما عَلَى المراد أحق.

بيانه: أنَّ الإعارة إنْ كَانَتْ مأخوذةٌ من عار الشـيء من التعاور فَهُوَ مسـتعارٌ، وإنْ كَانَـتْ مأخوذةٌ من عَرا يَعْـرُو أَوْ عَرِي يَعْرَا فَكَذَلِكَ، وَكَذَلِـكَ الإطعام أَيْضَاً، والإطعـام أدلهمـا، لِأَنَّ الإعارة إِنَّمَا وَقَعَـتْ ليزرعها، وَذَلِكَ أمـرٌ يحتاج إِلَى مدة مديـدة، ومطلق الإعارة لَا يـدل عَلَيْهِ، فَلِذَلِكَ كَانَ الإطعام أولـى، وصار هَذَا هوَ الموضوع والأخص.

والله أعلم بالحقيقة والصواب.

٢٦- كِتَابُ الهِبْةِ



٩٣١- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَهَبُ لِلرَّجُلِ هَذَا العَبْد عَلَى أَنْ يَهَبَ الرَّجُلُ لَهُ هَذَا العَبْدَ الآخَرَ؛ قَالَ: لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَمْنَعَ صَاحِبَهُ مَا لَمْ يَتَقَابَضَا، فَإِذَا تَقَابَضَا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرُدَّهُ بِالعَيْبِ.

قَالَ: الهبة بشرط العوض ينعقد تبرعاً عندنا، حَتَّى أَنَّهُ لَا يتم قبل القبض(١)، ويبطل بالشياع، وَلَا تجب بِهِ الشفعة فِي العقار، [فَإِذَا اتصل بِهِ التقابض صَارَ بيعاً حينئذٍ يجب بِهِ الشفعة فِي العقار](٢)، فيرد بالعيب، وَقَالَ زفر والشافعي ﷺ: ينعقد بيعاً من الابتداء، لِأَنَّ العبرة فِي العقود للمعاني.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْكَفَالَة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالةٌ؟ ومعنى هَذَا العقد المعاوضة، لِأَنَّ شرط العوض ينافي التبرعات، ويختص بِالْبَيْعِ.

وجه قولنا: إنَّ هَذِهِ جملة اشتملت عَلَى جهتين، فوجب الجمع بينهما من الوجه الَّذِي يمكن، كالإقالة لمَّا اشتملت عَلَى معنى البيع والفسخ جمع بينهما، فَكَذَلِكَ البيع فِي المرض بمحاباة، يعتبر بالوصايا مِنْ وَجْهٍ وبالبيوع مِنْ وَجْهٍ(٣) لما قلنا.

---

(١) فِي ب: التقابض

(٢) فِي ب

(٣) بمقدار عن المثل بيع، وَفِي الزيادة محاباة. حاشية أ

بيانه: أنَّ شـرط العوض يشبه جهة البيع، وصيغة العقد وركنه الهبة، والجمع ممكنٌ، لِأَنَّ التبرع يحتمل الانقلاب إِلَى حكم البيع.

أَلَا تَرَى أَنَّ من وهب لِرَجُلٍ هبةً ثُمَّ عوّضه الموهوب لَهُ أَنَّهُ يصير شبيهاً بِالْبَيْعِ؟ حَتَّى لَا يثبُتُ لَهُ حق الرجوع، وَكَذَلِكَ من قضية الهبة تراخي الحكم والافتقار إِلَى التسليم، والبيع يحتمل ذَلِكَ فِي الابتداء دون الانتهاء، فوجب الجمع بينهما.

أَلَا تَـرَى أَنَّ البيع الفاسـد تراخى حكمه إِلَى التسـليم بخـلاف بيع العَبْد من نفسه[1]؟ لِأَنَّهُ لَا يحتمل معنى البيع، لِأَنَّ العَبْد لَا يصلح مالكاً لِنَفْسِهِ.

٩٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ أَرْضاً، فَأَنْبـتَ الْمَوهُوبُ لَهُ فِيهَا نَخْلَةً فَنَبَتَتْ، أَوْ بَـنَى بِنَاءً؛ فَلَيْسَ للواهب أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَـا، وَكَذَلِكَ لَوْ بَنَى فِيهَا أَرِيّاً[2] أَوْ دُكَانـاً، وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا لَمْ يَرْجِع فِي شَيْءٍ مِنْهَا.

الأصـل فِي الموهوب [أنَّ الزيادة المتصلة فِـي الموهوب][3] يمنع الرجوع عندنـا، لِأَنَّ الهبة لَمْ يتناوَلْهَا فَلَا ينقص فِيهَـا، والفصل غير ممكنٍ، فَلَمْ ينقص فِي الأصل والشـجر والبناء فِي بعض السـاحة يعـد زيادة فِي الـكل، وَكَذَلِكَ الدكان

(١) أي أنه لَا يمكن فِيهِ تحقيق معنى الجهتين أعني البيع والإعتاق، لأنه لَا يحتمل معنى البيع بوجه ما، وَلَا كَذَلِكَ فِي مسألتنا هَذِهِ. حاشية أ

(٢) الأريُّ: بفتح الهمزة وكسـر الراء وتشديد الياء هُوَ مجلس الدَّابَّة، وعند العامة هُوَ العلف، وَهُوَ مراد الفقهاء، البناية شرح الهداية للعيني ١٠/ ١٩٣

(٣) فِي ب

والأَرِيُّ إِذَا كَانَ من جنس الزيادة صَارَ زيادة فِي الكل أَيْضاً[1]، فأمَّا إِذَا كَانَ الدكان صغيراً حقيراً لَا يُعد زيادة فَلَا عبرة بِهِ[2]، وَهَذَا معنى قولَهُ: (وكان زيادة فِيهَا)، فإِنْ كَانَتْ الأرض عظيمة لَمْ تُعَدَّ زيادة فِي الكل إِلَّا فِي تلك القطعة [لَمْ يَرْجِع فِيهَا][3]، ويرجع فِي غَيْرِها.

وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ فِي الباقي: أنَّ المانع عـن الرجوع خاصٌ، فامتنع الرجـوع فِيهِ دون مَا سِـوَاهُ، وَلَوْ رَجَعَ فِي النصف والـكل عند الموهوب لَهُ يصح الرجوع، وَلَمْ يمتنع بالشياع، لِأَنَّ السلامة غير مستحقةٍ بالهبة، فلأن يصح الرجوع فِي هَذَا اولى.

٩٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ ألف دِرْهَـم، فَقَالَ: إِذَا جَـاءَ غَدٌ فَالأَلْفُ لَكَ أَوْ قَالَ: أَنْتَ بَرِيءٌ مِنْهَا؛ إِذَا جَاءَ الغَدُ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: إِنْ أَدَّيتَ إِلَيَّ نِصْفَ الْمَالِ فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْ النِّصْفِ البَاقِي، أَوْ ذَلِكَ النِّصْفُ.

لِأَنَّ تمليـك الدين لَيْسَ بخالصٍ، بَلْ فِيهِ معنى الاسـقاط، وَكَذَلِكَ إسـقاطه

(١) وإنمـا قلنا إن الزيادة مانعة من الرجوع، لأن الرجوع فِيمَا تتناوَلَهُ الهبة والزيادة لَمْ تتناوَلَهَا الهبـة فَلَا يمكن الرجوع فِيهَا، وَلَا يمكن الرجـوع دونها لِأَنَّهَا لَا تنفك من الأصيل فامتنع الرجوع. حاشية أ

(٢) ولكـن لَا يَرْجِع فِي الموضع الَّذِي تصرف فِيهِ من البنـاء والدكان والغرس، وفيما عدا ذَلِكَ يَرْجِع إن كَانَ لَا يعد زيادة فِي الحل لأنه ازداد زيادة متصلة وَهِيَ مانعة من الرجوع. حاشية أ

(٣) فِي ب

لَيْسَ بخالصٍ، بَلْ فِيهِ معنى التمليك، لِأَنَّ محل التصرف وَهُوَ الدين لَيْسَ بمالٍ خالصٍ، فَصَارَ التصرف تمليكاً مِنْ وَجْهٍ، وإسقاطاً مِنْ وَجْهٍ.

وَلَهُذا[١] يرتدّ بالردّ وتم مِنْ غَيْرِ قبول[٢]، والتعليق بالشرط مشروعٌ فِي الإسقاط المحض، فأمّا فما يشبه التمليك بوجهٍ من الوجوه فَلَا، وقولَهُ: (فلك الألف) أَوْ (فلك النصف) من الخواص.

٩٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ جاريةً عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ؛ قَالَ: الهِبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ.

هَذِهِ من الخواص، وأصل ذَلِكَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أجاز العُمرى[٣]، وأبطل شرط المعمِر والعُمرى عليك[٤] بطريق الهبة بشرط الرد عَلَيْهِ مَتَى مَاتَ المعمَر، وَهَذَا بمعناه، بَلْ هُوَ عينه، ولأَنَّ الشرط الفاسد بمعنى الربا، وَلَا مدخل للربا فِي التبرع، وَإِنَّمَا فسد الشرط لمخالفة موجب العقد، لِأَنَّ موجب العقد الهبة لَا يجري فِيهِ الربا، لِأَنَّ محل الربا عقد المعاوضة والهبة من التبرعات، فَلَمْ يصب الشرط محله يبلغوا، والله أعلم.

---

(١) وهذه آية التمليك. حاشية أ

(٢) أي إِذَا أبرأ غريمه يبرأ مِنْ غَيْرِ قبوَلَهُ، وَهَذَا إمارة كونه إسقاطاً. حاشية أ

(٣) لفظ الحديث (عنْ أَبَى سلمةَ عنْ جابرٍ قالَ إنّما العمرى الّتي أجازَ رسولُ اللهِ ﷺ أنْ يقولَ هِيَ لكَ ولعقبكَ. فأمّا إذَا قالَ هِيَ لكَ ما عشتَ. فَإِنَّهَا ترجعُ إِلَى صَاحِبِهَا). رواه مسلم برقم/ ٤٢٧٨/ واللفظ لَهُ.

(٤) هكذا فِي الأصل فِي النسختين، ولينظر.

قَـالَ: وَكَذَلِكَ لو وهبها عَلَى أن يعتقها الموهوب لَـهُ، أَوْ عَلَى أن يتخذها أمَّ ولـدٍ، لِأَنَّ شـرط الإعتاق عَلَيْهِ شـرطٌ ينافي موجب العقـد، لِأَنَّ موجب العقد أن يعتقه باختياره مَتَى شاء، فأمَّا باختيار غيره فَلَا، وَكَذَلِكَ الِاسْتِيلَاد.

٩٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يَقُولُ: دَارِي لَـكَ هِبَةٌ سُـكْنَى وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ؛ قَالَ: هَذِهِ عَارِيَةٌ، وَلَوْ قَـالَ: دَارِي هَذِهِ لَكَ هِبَةً تَسْكُنُهَا، فَهِيَ هِبَةٌ.

لِأَنَّ قولَـهُ: (داري لـك هبـة) ظاهـره لتمليك الرقبـة، وَهُـوَ يحتمل تمليك المنفعـة، لِأَنَّ الإضافة بلام التمليك يحتمل الإجارة والعارية، وَكَذَلِكَ حُمل عَلَيْهِ فِـي باب الْيَمِين، وَفِي حديث رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ﵁ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِحَائِطٍ فَأَعْجَبَهُ، فَقَالَ: (لِمَنْ هَذَا؟) فَقَالَ رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ ﵁: لِي اسْـتَأْجَرْتُهُ، يا رسـول الله، فَقَالَ: (لَا تَسْـتَأْجِرْهُ بِشَـيْءٍ)[1]، فثبت أَنَّ لام التمليك تحتمل ملك[2] السكنى، وإِنْ كَانَ أصله لملك الرقبة، فَصَارَ ذَلِكَ كلاماً محتملًا، وقولَهُ: (سكنى) محكمٌ للمنفعة لَا يحتمل ملك الرقبة فوجب أَنْ يَكُونَ المحكم قاضياً عَلَى المحتمل.

كما قَالَ أصحابنا ﵏: فِي رَجُلٍ يقول: (تزوجتك شَـهْراً) إِنَّ التزوج محتمل للمتعة، والشـهر محكم فِي حكم الْمُتْعَة، فحمل المحتمـل عَلَيْهِ حَتَّى صَارَ متعة، وبمنزلة قولَهُ لِفُلَانٍ: (عَلَى أَلْفِ دِرْهَم وديعة) إن ذَلِكَ أمانةً، فأَمَّا قولَهُ: (تسـكنها) فَلَا يصلح مغيراً لصدر الكلام لِأَنَّهُ فعل فَلَيْسَ بصفةٍ لما تقدم، فبقي مشورة وشرطاً

(١) رواه الطبراني فِي الكبير برقم/ ٤٣٥٤/ .

(٢) فِي ب: معنى

فَاسِدًا فوجب العمل بظاهر الكلام الْأَوَّل، كأنَّه قَالَ: (داري لك وسكت)، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (سكنى لك هبة)، فإن ذَلِكَ عارية لما قلنا.

٩٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَصَّدَّقُ عَلَى رَجُلَيْنِ مُحْتَاجَيْنِ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ؛ قَالَ: جَائِزٌ، وَإِنَ تَصَدَّقَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ عَلَى رَجُلَيْنِ غَنِيينِ لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ وَهَبَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ لِمسكِينٍ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الغَنِيينِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ فِي الغَنِيينِ وَالْمُحْتَاجِينِ.

وحاصل هَذَا: أَنَّهُ أجاز الصدقة من اثنين، وَلَمْ يجز الهبة من اثنين، لَكِنَّهُ جَعَلَ الهبة عبارة عن الصدقة إِذَا صادفت الفقير، والصدقة عبارة عن الهبة إِذَا صادفت الغني، وَقَالَ فِي كِتَاب الهبة عقيب مسألة الهبة فِيمَا ينقسم من اثنين: أَنَّهُ باطلٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَكَذَلِكَ الصدقة.

فوجه تلك الرواية: أنَّ الصدقة باطلةٌ فِي الشائع، كما تبطل [فِي][1] الهبة فوجب أن يفسد فِي هَذَا أَيْضًا، لأن المفسد واحدٌ، وجه هَذِهِ الرواية: أنَّ الصدقة تقع لله تَعَالَى، وَلهُذا لَمْ يَكُنْ فِيهَا رجوع، وَهُوَ واحدٌ [يعني الله تَعَالَى][2]، فصح كالهبة تقع لواحدٍ، والوكيل فِي قبضها اثْنَانِ، فأمَّا الهبة فإنَّما تقع للموهوب لَهُ، فَإِذَا كَانَ الموهوب لَهُ عدداً صَارَ شائعاً.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

٩٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ دَاراً وَقَبِضَهَا، فَأَرَادَ الوَاهِبُ أَنْ يَرْجِعَ فِي نِصْفِهَا؛ قَالَ: لَهُ ذَلِكَ.

أرأيت لو بَاعَ نصفها، ألم يكن للواهب أَنْ يَرْجِعَ فِي النصف الباقي؟

لِأَنَّ الرجوع حقٌّ للواهب فِي الكل، ففي البَعْض أولى، ولَا يَجُوزُ أن تبطل لمكان العيب بسبب الشَّرِكَة لِأَنَّ السلامة غير مستحقةٍ بالهبة.

٩٣٨- مَسْأَلَةٌ

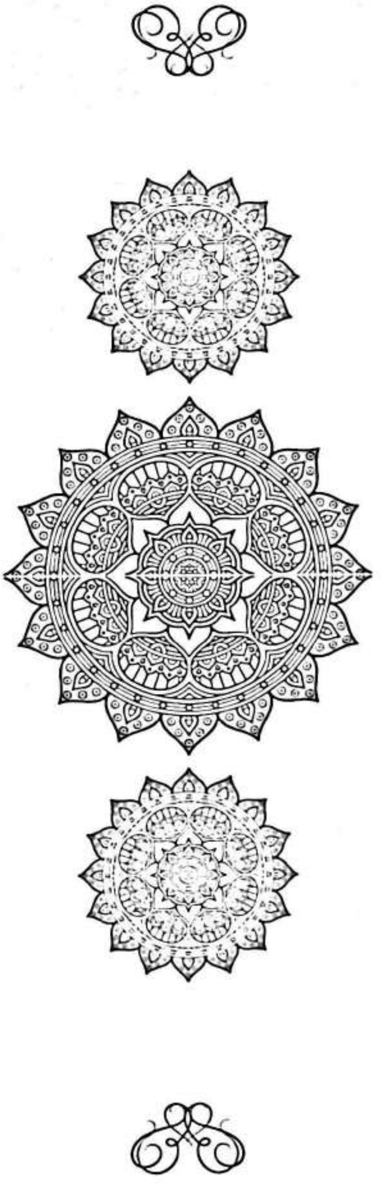
مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَهَبَ لِرَجُلٍ دَاراً وَقَبِضَهَا وَعَوَّضَهُ عَنْ نِصْفِهَا عَبْدَاً وَقَبَضَهُ، فَأَرَادَ الوَاهِبُ أَنْ يَرْجِعَ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يعوَّض؛ قَالَ: لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّ الرُجُوعَ ثَابِتٌ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ، وَالتَّعْوِيضُ مَانِعٌ.

فَإِذَا وجد المانع فِي النصف [يمتنع بقدره][١]، وكل جزءٍ مِنْهُ منفردٌ لحق الرجوع، فَلَمْ يبطل الرجوع فِي البعض لبطلانه فِي غَيْرِه، كما لو وهب عبدين فعوّضه عن أحدهما.

❁ ❁ ❁

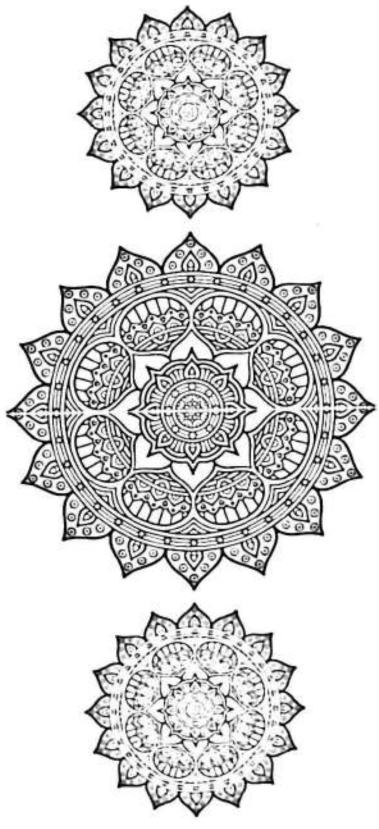
---

(١) فِي ب



٢٧- كِتَابُ الإِجَارَاتِ[1]

(١) فِي ب: باب الإجارة.



٩٣٩- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الدَّابَّةَ مِنْ الرَّجُلِ لِيَرْكَبَهَا إِلَى الحِيرَةِ فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيةِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الحِيرَةِ فَنَفَقَتْ؛ قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ.

هَـذَا الجواب قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ الآخـر، وكان الْأَوَّل لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وجه قولَهُ الْأَوَّل: أَنَّهُ أمينٌ خالف ثُمَّ عاد إِلَى الوفاق، فعاد أميناً كالمودَع.

واختلـف مشـايخنا ﷺ فِي القـول الآخر، فَقَـالَ بعضهم: معناه إِذَا شـرط الركـوب ذاهبـاً لَا جائياً، فأَمَّا إِذَا كَانَ ذاهباً وجائياً فيجـب أن يبرأ لِأَنَّهُ عاد والعقد قائم، وَفِي الفصل الآخر عاد والعقد منقضي فَلَا يعود حكم العقد، وَقَالَ بعضهم: بَلْ الجواب فِي الفصلين واحدٌ أَنَّهُ لَا يعود أميناً، والفرق بينه وبين الوديعة أن عقد الوديعة مقدرٌ بالزمان[١] فَإِذَا خالف فِي المكان فَلَمْ يخرج عن العقد لِأَنَّهُ لَمْ يخرج عـن مدة العقـد، وَإِذا لَمْ يخرج عن العقد وإنما وجد تفويـت بعض المعقود عَلَيْهِ صحَّ العود.

وَفِي مسألة الْعَارِيَّة والإجارة إِنَّمَا قدر العقد بالمكان، فَإِذَا جاوز فَقَدْ خرج عن العقد، فَلَا يَمْلِك العود، وَقَالَ بعضهم فِي الفرق: إنَّ العين فِي الإجارة والعارية لَمْ

---

(١) أي الزمـان أصـل فِيهِ لأنه فوض الحفـظ إِلَيْهِ مطلقاً إِلَى زمان الاسـترداد، فَإِذَا خالف فِي المـكان بـأن نقلها من الموضع الَّذِي عينـه المالك للحفظ فِيهِ فَـلَا ينتهي العقد لأن مدته باقيـة، وَإِذا كَانَتْ باقيـة بالوفاق عاد إِلَى موجب العقد فسـقط عَنْهُ الضمـان، وَكَذَلِكَ إِذَا خالف بالاسـتعمال بخلاف الإعارة والإجارة لأن العقد تعدد بالمكان بأن أعار الدَّابَّة إِلَى الحيرة فَصَارَ المكان فِيهِ أصل، فَإِذَا تغير عن المكان المعين خرج عن العقد. حاشية أ

تجعـل أمانةً قصداً بعقدٍ يلاقيه فَإِذَا صَارَ مضموناً لَمْ تصر أمانةً أَبَدَاً؛ كالثوب الَّذِي هبـت بِهِ الريح فِي دار رجلٍ إِذَا لبسـه لَمْ يعد أمانةً أَبَـدَاً بخلاف الوديعة، وَهَذَاغير صحيـحٍ، لِأَنَّهُ ذكر فِي كِتَاب الشَّـرِكَة وغيرها أَنَّ المسـتأجر والمسـتعير يضمنان بالموت عن تجهيلٍ كالمودع.

٩٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُؤاجِرُ عَبْدَهُ ثُمَّ يَبِيعُهُ؛ قَالَ: هَذَا لَيْسَ بِعُذْرٍ.

لِأَنَّ الإجارة بيعٌ لازمٌ بِمَنْزِلَةِ بيع العين، فَلَا يُنقض إِلَّا بِمَا يُنقض البيع بمثله، وَإِنَّمَا ينقض البيع بعيبٍ يحدث قبل القبض.

والإجـارة إِنَّمَا تُنقض عندنـا بالعذر من هَذَا الوجه عَلَى ما نبين إِنْ شَـاءَ الله تَعَالَى، وَلَمْ يوجد هاهنا عذر هُوَ فِي حكم الغيب وَإِنَّمَا هُوَ مجرد سهوةٍ، فلو نَقَضَ بِهِ الإجارة لما سلمت أجارةً أَبَدَاً ولبطلت حوائج النَّاس.

[بَابُ مَا يَنْقُضُ بِعُذْرٍ وَمَا لَا يَنْقُضُ]

٩٤١- وَقَالَ فِي رَجُلٍ اكْتَرَى إِبِلاً إِلَى مَكَّةَ ثُمَّ أَرَادَ الَّذِي اكْتَرَى أَنْ يَقْعُدَ فَهَذَا عُذْرٌ، وَإِنَ أَرَادَ ذَلِكَ الجَمَّالُ فَلَيْسَ هَذَا بِعُذْرٍ.

٩٤٢- وَقَالَ فِي الرَّجُلِ الْخَيَّاطِ يَسْتَأْجِرُ الْغُلَامَ لِيَخِيطَ مَعَهُ فَأَفْلَسَ الرَّجُلَ فَقَامَ عَنْ السُّوقِ إِنَّ هَذَا عُذْرٌ، وَإِنَ أَرَادَ يَترِكَ الْخَيَّاطَةِ وَيَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ فَهَذَا لَيْسَ بِعُذْرٍ.

٩٤٣- وَقَالَ فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الْغُلَامَ لِيَخْدُمَهُ فِي المِصْرَ، فَأَرَادَ الرَّجُلُ أَنْ يُسَافِرَ فَهَذَا عُذْرٌ.

وأصله أنَّ الإجارة تُنقض بالعذر عندنا، وَلَا تنقض بِغَيْرِ عذرٍ، وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا تنقض بعذرٍ وَلَا بِغَيْرِ عذرٍ.

ومن النَّاس من قَالَ: تُنقض بِغَيْرِ عذرٍ لِأَنَّ المعقود عَلَيْهِ لما كَانَ معدوماً صَارَ العقد بِمَنْزِلَةِ المضاف، فَلَمْ يثبت اللزوم كما لَمْ يثبت حكم العقد للحال[1].

والشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ألحقَ المنافع بالأعيان الموجودة فَصَارَ بيعها لازماً.

وَقَالَ أصحابنا: إنَّ الإجارة بيعٌ فينتقضُ بالعيب الحادث قبل القبض كالبيع.

أَلَا تَرَى أَنَّ العين إِذَا هلكت بعد التسليم إِلَى المستأجر انتقضت الإجارة كالمبيع يهلك قبل التسليم، فَكَذَلِكَ فِي حكم العيب، فَإِذَا عجز العاقد عن المضي

(١) وَهِيَ الملك فِي المنفعة لأنه إنما يثبت زمان الانتفاع.

عَلَى الإجارة إِلَّا بضررٍ يلحقه فِي غَيْرِ ما استحق بالإجارة كَانَ بِمَنْزِلَةِ عيبٍ حادثٍ قبل التسليم.

كمن بَاعَ جذعاً فِي السقف فَإِنَّهُ لَا يجبر عَلَى التسليم لما قلنا، فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا إِذَا بدا للمكتري أن يعقد لَمْ يجبر [عَلَيْهِ][1] لِأَنَّ السفر إِلَى مقصده قَدْ يتعذر عَلَيْهِ بأن تهلِك أسبابُهُ أَوْ كَانَ يطلب غريماً فعدِم عَلَيْهِ فلو لَمْ يُنقَض للزمه الضرر فِيمَا لَمْ يستحق بالعقد، وَأَمَّا الجمَّال فقادرٌ عَلَى أن يبعث تلميذه ليتبع الإبل ويقوم عَلَيْهَا فَلَا عذر لَهُ.

وَكَذَلِكَ إِذَا أفلس الْخَيَّاط فَقَدْ عجز عن المضي عَلَى العقد لِأَنَّ تجارته تنقطع عند الإفلاس ويلحقه ضررٌ غير مستحقٍ عَلَيْهِ، فأَمَّا إِذَا اختار الصرف فإن هَذَا لَيْسَ بعاجزٍ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يمكنه أن يستعمل الْغُلَام للخياطة وَهُوَ فِي ناحيةٍ من الحانوت[2] يعمل عمل الصرف، وَهَذَا لَيْسَ بمعنى العذر[3].

وَلَوْ وجب النقض بِهِ لما سلِم عقد أَبَدَاً.

وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ الْغُلَام للخدمة فِي المصر لَمْ يَمْلِك أن يسافر بِهِ، لِأَنَّ خدمة السفر أعظم من خدمة الحضر، وبالحَجْر عن السفر يضرُّه ضرراً غير مستحقٍ بعقد الإجارة فَصَارَ بمعنى العيب، وبمعنى إباق العَبْد المبيع قبل القبض.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: الدكان

(٣) فِي ب: العذر

وَلَوْ كَانَ الاستئجار للخدمة مطلقاً لكان الجواب كَذَلِكَ، لِأَنَّ المستأجر لَا يَمْلِك السفر بالغلام.

وإِنْ كَانَ العقد مطلقاً لما قلنا من تفاوت الخدمة، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

ويقال للخصم أرأيت أَنَّ رَجُلاً وجعت ضرس من أضراسه فاستأجر رَجُلاً ليقلعها بدانقٍ، فسكن الوجع، أتراه يجبر عَلَى قلعها.

أَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلاً ليتخذ لَهُ وليمة العرس فمَاتَت الْمَرْأَة أَوْ اختلعت، أَيُجبر الرَّجُل عَلَى اتخاذ الوليمة فَلَا بُدَّ من النقض بعذر كما انتقضت بالهلاك.

وَقَالَ: كل عذر هُوَ عذر عنده فإِنَّ الإجارة تنقض بِهِ، وَلَمْ يجعل حكم القَاضِي شرطاً وَلَا التراضي، لِأَنَّهُ فِي معنى عيبٍ قبل القبض، والعيب قبل التسليم يوجب صحة الفسخ مِنْ غَيْرِ قضاءٍ وَلَا رضىً.

وَقَدْ جَعَلَ فِي الزيادات حكم القَاضِي شرطاً فِي النقض بسبب الدين.

وَإِنَّمَا كَانَ يحتاج إِلَى القضاء إِذَا كَانَ العذر يحتمل الاشتباه، كالدين الَّذِي يحتمل أَنْ يَكُونَ بِهِ وفائه بِغَيْرِ البيع، فَكَانَ القَاضِي هُوَ الَّذِي يحقق العذر، ويزيل الاشتباه، ويراعي الحقوق، فأَمَّا إِذَا كَانَ أمراً واضحاً فَلَا حاجة إِلَى القضاء.

٩٤٤- وَقَالَ فِي كِتَاب الأجارات فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِر البيت ليَشْتَرِي فِيهِ ويبيع كذا من التجارات ثُمَّ بدا لَهُ أن يتحول إِلَى تجارةٍ أُخْرَى فَهَذَا عذر.

لِأَنَّ التِّجَارَة الْأُولَى ربما يلحقه فِيهَا خسران وهلاك الْمَال، والعمل بالأمرين مِنْهُ بِنَفْسِهِ متعذرٌ، فجعل عذراً، بخلاف مسألتنا، أعني مسألة الْخَيَّاطة، لِأَنَّ العمل بالأمرين ممكنٌ فَلَمْ يجعله عذراً.

٩٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ الرَّجُلَ الأَرْضَ لِيزرَعَهَا؛ قَالَ: لَهُ الشِّربُ، وَإِنَ لَمْ يَشْتَرِطْ.

وَهَذَا استحسانٌ، وَفِي القياس أن لَا يدخل، وَكَذَلِكَ الطَّرِيق، ذكر القياس فِي كِتَاب الشّرب.

وجه القياس: أنَّ العقد إِذَا تناول محدوداً لَمْ يدخل فِيهِ ما خرج مِنْهُ، وَهَذَا خارج، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يدخل فِي البيع.

وجه الاستحسان: أنَّ الإجارة عقدت للانتفاع، وَلَا يتأتى الانتفاع إِلَّا بالطريق والشرب، فيصير الإقدام عَلَى هَذَا دلالةً عَلَى الشرط، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَكُون منتفعاً بدون ذَلِكَ، فَلَا يكون محلًا للإجارة بخلاف البيع لِأَنَّهُ لَا يختص بالانتفاع، أَلَا تَرَى أَنَّ بيع مَا لَا ينتفع بِهِ للحال جائزٌ، كالدابة الصغيرة وإجارتها باطلةٌ.

[بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ]

٩٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى حَايِكٍ غَـزْلاً لِيحُوكَهُ[١] ثَوْباً بِالنِّصْـفِ[٢]، قَالَ: هُوَ بَاطِلٌ، وَالثَّـوبُ لِصَاحِبِ الغَزْلِ، وَلِلحَائِكِ أَجْرُ المِثْلِ.

لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: (نَهَى عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ)[٣]، وَذَلِكَ أن يَسْتَأجِر رَجُلاً ليطحن حنطته[٤] هَذِهِ بقفيزٍ من دقيقها، وَهَذَا بمعناه لِأَنَّهُ شرط لَهُ بعض ما يخرج من عمله.

والفقه فِيهِ أَنَّ المسمَّى[٥] غير مقدور التسليم عند العقد، لِأَنَّ المستأجر عاجزٌ بِهِ عن تسليم ما سمّاه.

وَإِنَّمَا يصير التسليم مقدوراً بفعل البَائِع، وتسليم الثَّمَن عَلَى الْمُشْتَرِي لَا عَلَى البَائِع، وفعل البَائِع حكم[٦] العقد، فتصير القدرة عَلَى التسليم الَّتِي هُوَ شرط العقد حكمـاً للعقد لقيامـه بالحكم، وَذَلِكَ باطلٌ كله، وَإِذا بطل فَلَهُ أجر مثله لِأَنَّهُ سـلَّم

---

(١) من حاك يحوك، قَالَ الأزهري: يحيك غلط، الحائك يحوك الثوب. لسان العرب

(٢) بنصف الغزل.

(٣) رواه البيهقي فِي السنن الصغرى عن أبي سعيد مرفوعاً برقم/ ١٩٥٦/ .

(٤) فِي الأصل حنطةً

(٥) وَهُوَ النصف المنسوج أَوْ الثلث. حاشية أ

(٦) بمعنى نتيجة عن العقد.

المعقود عَلَيْهِ إذ لَا فساد فِي جانب المعقود عَلَيْهِ بقضية الشرط لَمْ يصر شَرِيكاً فِي محل العمل فصح التسليم.

ولما وقع العمل لرب الغزل لزمه[1] البدل، لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِك عَلَيْهِ الغزل، والله أعلم.

٩٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي صَانِعٍ أَوْ خَيَّاطٍ أَجْلَسَ مَعَهُ فِي دُكَّانِهِ رَجُلاً يَطْرَحُ عَلَيْهِ العَمَلَ بِالنِّصْفِ؛ قَالَ: جَائِزٌ.

وتفسير المسألة عند بعض مشايخنا: أَنَّ صاحب الدكان رجلٌ معروفٌ لَهُ جَاه عند النَّاس لَكِنَّهُ غير حاذق، فأقعد فِي دكانه مَعَهُ رَجُلاً غير معروفٍ لَكِنَّهُ حاذقٌ فجعل يطرح عَلَيْهِ العمل الَّذِي يأخذ من الناس بِالنِّصْفِ.

ووجه آخر: أَنْ يَكُونَ صاحب الدكان حاذقٌ لَكِنَّهُ غير معروفٍ لَا يؤتمن وَلَا يُعتمد[2] فأقعد عَلَى دكانه رَجُلاً معروفاً غير حاذقٍ ليطرح هَذَا الذي أقعد عَلَى صاحب الدكان بِالنِّصْفِ، والأول أشبه.

وذكر فِي كِتَاب الشَّرِكَة أَنَّهُ فِي القياس باطلٌ، لِأَنَّهُ استأجره ليتقبل الأعمال بنصف ما يخرج من عمل العامل عَلَى التفسير الثَّانِي.

وَعَلَى التفسير الْأَوَّل آجر الدكان من العامل بِمَا قلنا، وَذَلِكَ مجهولٌ.

وجه الاستحسان: أَنَّ هَذَا عبارة عن شركة التقبل والتضمن، وَذَلِكَ صحيحٌ، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ تفسير شركة التقبل أَنْ يَكُونَ ضمان عَلَيْهِما، وإِنْ كَانَ أحدهما

(١) فِي الأصل فلزمه

(٢) فِي ب: لَا يقصد

يتولى القبول من الناس لجاهه، والآخر يتولى العمل لحذاقته، فإنَّ الشرط عَلَيْهما، وَلَيْسَ من ضرورة صحة الضمان الحذاقة، وَإِذا وجدنا سبيلًا إِلَى الحكم بجوازه، وَهُوَ معتادٌ متعارفٌ محتاجٌ إِلَيْهِ، وجب القول بصحته.

٩٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ آجر مِنْ رَجُلٍ نِصْفَ دَارٍ غَيرِ مَقْسُومٍ؛ قَالَ: لَا يَجُوزُ. وَقَالَ أَبو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: جَائِزٌ. وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي دَارٍ مُشْتَرِكٍ بين رَجُلَيْنِ آجَرَ أَحَدُهُمَا نِصِيبَهُ مِنْ صَاحِبِهِ غَيرَ مَقْسُومٍ، إنَّ ذَلِكَ جائزٌ.

٩٤٩- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ آجَرَ دَارَهُ من رَجُلَيْنِ مَعَاً، ثُمَّ نَاقَضَ أَحَدُهُمَا الإِجَارَةَ فِي نَصِيبِهِ إنَّ الإِجَارَةَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ، لَا تَبْطُلُ، فَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا لَمْ تَبْطُلْ الإِجَارَةُ فِي نَصِيبِ الحَيِّ.

وجه قولَهُما: إنَّ الإجارة بيعٌ فوجب أن يصح فِي الشائع كبيع العين، وَهَذَا لِأَنَّ طريق جواز الإجارة قيام العين مقام المنفعة فيصح كبيع العين.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ آجر مَا لَا يمكن تسليمه ففسد كإجارة العَبْد الآبق، والمبيع قبل القبض.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لأن الشائع منتفعٌ بِهِ، لكن لَا يمكن تسليم منفعته إِلَّا بالتهايؤ، والتهايؤ حكمٌ مستحقٌ بالعقد بناءً عَلَى حكمه، فَلَا يصلح شرطاً لجواز العقد، لِأَنَّ الشرط ينقلب حكماً وَلَا وجود للحكم إِلَّا بصحة العقد وَلَا صحة لَهُ إِلَّا بِهِ من حيث هُوَ شرطٌ فَلَا يصح أَبَدَاً.

وَأَمَّـا قولَهُما إنَّ العين يقوم مقام المنافع[1] فصحيحٌ لكنَّ من شـرط الخلف احتمال الأصل، والأصل عَلَى ما بينا لَا يحتمل الوجود بحال، فبطل الخلف.

وَأَمَّا إِذَا آجر شريكه فَإِنَّهُ يصح فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً.

والفـرق لأَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ: أَنَّ حكم العقد فِي الإجـارة متراخي والعجز عن التسـليم يزول فِي مسألة الشـريك قبل أوان الحكم لِأَنَّ يد المستأجر تصير وَاحِدَة عَلَى كل العين وبذلك يتوصل إِلَى المنافع، والقدرة شـرط لسلامة الحكم فجعل ذَلِـكَ القدر عفواً، وهاهنا لَا زوال للعجز إِلَّا بعد سـلامة الحكم، لِأَنَّ التهايؤ بناءٌ عَلَى ملك المنافع ليستحق قسمتها.

وَإِذا آجر من اثنين ثُمَّ بطلت فِي حصة أحدهما بفسـخ أَوْ بموت لَمْ يبطل فِي حصة الباقي لِأَنَّ هَذَا شـياع طارئ، والشـياع إِنَّمَا أبطل فِي هَذَا لفوت القدرة، وَلَا قدرة تشـترط فِي حال البقاء كالعبد بآبق بعد العقـد فَلِذَلِكَ جَعَلَ عفواً فِي الباقي، بخلاف الشياع فِي الرهن فَإِنَّهُ يستوي اعتراضه ومقارنته.

كَذَلِـكَ رُوينا عن محمد ﷺ، لِأَنَّـهُ بطل الرهن لمنافاة محـل العقد، وَذَلِكَ شرط فِي البقاء والابتداء جَمِيْعَاً.

وَلَهُذا قلنا إِنَّ حكم الرهن فِي الشـائع لَا يثبـت أصلًا حَتَّى أَنَّهُ غير مضمونٍ، وهاهنا حكم العقد يثبت عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَهُوَ ضمان أجر المثل.

٩٥٠- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي الرَّجُلِ يَسْـتَأجِرُ وَلَا يَشْـتَرِطُ الشُّرْبَ وَالطَّرِيقَ: إِنَّ لَهُ الشُّربَ وَالطَّرِيقَ، وإِنْ اشْتَرَاهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يشترط،

(١) فِي ب: المنفعة

إِلَّا أَنْ يَقُولَ بمرافقها وبكل قليلٍ وكثيرٍ هُوَ فِيهَا أَوْ مِنْهَا، أَوْ يَقُولَ بكل حقٍ هُوَ لَهَا.

وَقَدْ ذكرنا أنَّ هَذَا استحسان فِي الإجارة بخلاف البيع، والمرافق والحقوق تسميه لِلطَّرِيقِ والشرب، وَكَذَلِكَ كل قليلٍ وكثيرٍ هُوَ فِيهِ أَوْ مِنْهُ، لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْهَا.

٩٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُؤاجِرُ الأَرْضَ لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَى؛ قَالَ: لَا خَيرَ فِيهِ.

هَذَا عندنا.

وَكَذَلِكَ إجارة السكنى بالسكنى، وَكَذَلِكَ إجارة الركوب بالركوب، واللبوس باللبوس.

وَقَالَ الشافعي رحمه الله: هُوَ جائزٌ، لِأَنَّ هَذَا معنى[1] بيع العين بالعين فصح كالسكنى بالزراعة والزراعة بالخدمة.

ودلالة أنَّها فِي حكم العين أنَّ عند العقد أعطى لَهَا حكم الوجود، وعندكم أنَّكم أقمتم العين مقامها، والدليل عَلَيْهِ أنَّ الإجارة صحيحةٌ ببدل دينٍ[2]، وَلَمْ يجعل ديناً بدينٍ.

وَكَذَلِكَ السكنى بالخدمة تصح، وَلَمْ يجعل ديناً بدين، فَكَذَلِكَ إِذَا قوبل بجنسه.

---

(١) فِي الأصل معنى

(٢) وَلَوْ لَمْ يَكُنْ حكم العين لكان بيع الدين بالدين. حاشية أ

وطريقنـا: ما حكي أنَّ ابن سـماعة ﷺ كتب إِلَى محمد بن الحسـن ﷺ فِي هَذِهِ المسـألة(١)، فكتب فِي جوابه: أنَّك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة، وجالست الحنائـي وكانـت مِنْكَ زلة، أَمَّا علمت أنَّ بيع(٢) السـكنى بالسـكنى كبيع القوهيِّ بالقوهيِّ نسيئة(٣).

بيـان ما قلنا إنَّ الشـرع حرم الربا لمجـرد الجنس فِي النسـيئة، وَذَلِكَ حكم ثبت بطريق الاحتياط حَتَّى ثبت شـبهةً بدليلٍ هُوَ شـبهةٌ أَيْضاً، وحرم الدين بالدين أَيْضـاً، والكالئ بالكالئ احترازاً عن الغرر، وبنى ذَلِكَ عَلَى الحقيقة دون الشـبهة، والمعقود عَلَيْهِ فِي الإجارة عين عند الخصم تقديراً لَا حقيقة.

وَكَذَلِـكَ عندنا باعتبار الخلافة فِي حق نفس السـبب وَمَـا يتصل بِهِ، فبقي لَهُ شبهة الدين باعتبار الحقيقة، وحكم الربا يثبت بالشبهة فأبطلناه عند اتحاد الجنس لاعتبـار الربا، وأطلقناه عند اختلاف الجنس لِأَنَّ ذَلِكَ بطريق الدين بالدين يحرم، وَذَلِكَ لَا يتعدى الشبهات، وَإِنَّمَا وجب هَذَا الفرق لِأَنَّ تحريم الربا بِمَنْزِلَةِ الغصب والسرقة وقطع الطَّرِيق وشبهة ذَلِكَ حرامٌ كحقيقته.

---

(١) مسألة إجارة السكنى بالسكنى.

(٢) وَفِي تبيين الحقائق: أَمَّا علمت أن إجارة السـكنى بالسكنى، وَفِي فتح القدير: أنَّ السكنى بالسكنى

(٣) والقوهـيُّ ضرب من الثِّيَاب بيض لسـان العرب وَهُوَ منسـوب إِلَى قهسـتان، والمقصود أنها فاسـدة كبيع الثوب بالثوب نسيئة، وحكى القرطبي فِي تفسيره عند تفسير قولَهُ تَعَالَى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾: دَخَـلَ أبـو محمّـدٍ ابـنُ أخـي معروفٍ الكرخيِّ عَلَى أبي الحسـنِ بنِ يسـارٍ وعَلَيْهِ جبّةٌ صوفٌ، فقالَ لهُ أبو الحسنِ: يا أبا محمّدٍ، صوّفتَ قلبكَ أوْ جسمكَ؟ صوّفْ قلبكَ والبسِ القوهيَّ عَلَى القوهيِّ. اهـ

وَأَمَّا الآخر فحدٌ من حدود الشرع لنفي الغرر، وَلَا غرر يثبت بالشبهة، وَلَهُذا صحت الإجارة ببدل دينٍ، والله أعلم

٩٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ادَّعَى نِصْفِ دَارٍ فِي يَدِ رَجُلٍ فَأَنْكَرَهُ الآخَرُ فَصَالحَهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى سُكنَاهَا سَنَةً؛ قَالَ: جَائِزٌ.

لِأَنَّ الصلح عن إنكاره صحيحٌ عندنا إِذَا صحَّ طريق الجواز وَقَدْ صحَّ هَذَا[١]

لِأَنَّ مِـن زَعـمِ المنكِر: أَنَّـهُ لَا حق لَهُ فِيهَـا، لكنِّي بذلتُ مَـالاً معلوماً قطعاً لخصومته.

وَلَـوْ بـذلَ[٢] لَهُ بِذَلِكَ الحق مَالاً متقوماً مِـنْ كُلِّ وَجْهٍ صحَّ، فلأن يصح بذل المنافع بِذَلِكَ أولى، ومن زعم المدعى أنَّ نصف الدار ملكي فأنا استوفي سكناها سـنة باعتبار ملكـي عَلَى طريق التهائي[٣]، أَوْ اسْـتَأَجَرَ نصيبه بنصيبي، واسـتوفى المنفعة بطريق التهائي، وَهَذَا التعليل الآخر عَلَى طريق محمد ﵀ بناءً عَلَى مسألة إجارة الشائع.

ومسـألة الصلح عَلَى السـكنى أيبطل بالموت أم لَا؟ فـإن محمداً ﵀ جعله بِمَنْزِلَةِ الإجارة، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

---

(١) فِي ب: ههنا

(٢) فِي ب: بذلتُ

(٣) أي أسـكن كل الدار سنة، أَمَّا نصيبي بطريق الأصالة ونصيبه بطريق التهايؤ ثم أسلم الدار إِلَيْهِ وَلَا ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْئاً أَبَدَاً. حاشية أ

٩٥٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا طَعَامٌ، فَاسْـتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا دَابَّةَ صَاحِبِهِ لِيَحْمِـلَ نَصِيبَهُ مِنْهُ إِلَى مَكَانِ كَذَا، وَهُوَ غَيْرُ مَقْسُومٍ فَحَمَلَ كُلَّهُ؛ قَالَ: لَا أَجْرَ لَهُ.

وَقَالَ الشـافعي ﵀: هُوَ جائـزٌ والأجر واجبٌ، لِأَنَّ الإجـارة بيعٌ فيصح فِي الشـائع كبيع العين، وَهَذَا لِأَنَّ حمل الشـائع وطحنه وَمَا أشـبه ذَلِكَ ممكنٌ بإقامته فِي الجملة.

ووجـه قولنا: إنَّ العقـد ورد عَلَى مَا لَا يحتمل الوجـود فبطل كما قلنا فِي إجـارة مَا لَا منفعة فِيهِ، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ العقد ورد عَلَى إثبات صفة فِي العين، والشـائع لَا يحتمل ذَلِـكَ بحال، وَإِذا فعـل ذَلِكَ فِي الكل لَـمْ يثبت وجوده فِي الشـائع لِأَنَّهُ ممتنعٌ وكل فعلٍ يحس ويعاين فَلَا وجود لَهُ فِي الشـائع، وَلِذَلِكَ لَمْ يجب الأجر ههنا.

٩٥٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ حِمَارَاً مِنْ رَجُـلٍ لِيَحْمِلَ طَعَامَهُ هَذَا إِلَى مَكَانِ كَذَا بِقَفِـيزٍ مِنْهُ؛ قَالَ: لَا يَجُوزُ، وَإِنْ حَمَلَهُ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُجَاوزُ بِهِ قَفِيزَاً.

وأصله ما روي عن النبي ﷺ أنه (نَهى عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ)(١).

(١) مر تخريجه.

وتفسيره أن يَسْـتَأجِر رَجُلاً ليطحن حنطته هَذِهِ بقفيز من دقيقها، وَهَذَا العقد بمعناه فألحق بِهِ.

وبيانه أَنَّهُ جَعَلَ الأجر مَا لَا يمكن تسليمه إِلَّا بعمل الأجير الَّذِي استحق عَلَيْهِ بحكـم العقد وَهُوَ القفيز من دقيقها، فتصير القدرة عَلَى التسـليم الَّتِي هِيَ [من](١) شرط العقد قائمة لحكم العقد، فتصير بمنزله حكم العقد، والشرط لَا يصلح حكماً، فَكَذَلِـكَ لَا يصلح قائماً بحكمه وَهَذَا موجود ههنا، وأجر المثل واجبٌ هاهنا، لِأَنَّ العامل لَمْ يصر شَـرِيكاً فِي العين لِأَنَّهُ إِنَّمَا شُـرط لَهُ قفيـزٌ محمولٌ وَلَيْسَ بمحمولٍ فِي ابتداء التسليم(٢)، ولأنَّ التسليم إِلَيْهِ لَمْ يَكُنْ للتمليك بَلْ لإقامة العمل فَصَارَ فِي حكم الملك كأنَّه قبض المبيع بيعاً فَاسِدَاً [بعد الافتراق](٣) بِغَيْرِ إذن البَائِع.

٩٥٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اسَتَأجَرَ مِنْ رَجُلٍ عَبْدَاً شَهْرَيْنِ، شَهْراً بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْراً بِخَمْسَةٍ؛ قَالَ: الْأَوَّل مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ.

---

(١) فِي ب

(٢) بخـلاف ما إِذَا اسـتأجره ليحمل لَهُ نصف الكر إِلَـى بغداد بنصفه الباقي، ودفـع إِلَيْهِ كله وحمله إِلَى بغداد لَا أجر لَهُ، لأنه سلم الكر إِلَيْهِ عَلَى سبيل التمليك لنصف الكر لأن الأجر هنا نصف كر مطلق من هَذَا الكر، فَصَارَ تسـليم الكر إِلَيْهِ معجلًا للأجرة فيملكه بالقبض، وَإِذَا ملكه صَارَ شَـرِيكاً فِي الكر وَذَلِكَ مانع من وجوب الأجر وَكَذَلِكَ هنا لأن الأجر هنا لَيْـسَ بقفيـز مطلق بَلْ قفيز محمول بتسـليم لَا يَكُون للتمليك بَلْ للنقـل ليصير محمولًا. حاشية أ

(٣) فِي ب

لِأَنَّهُ لما قَالَ شَـهْراً بأربعةٍ انصرف ذَلِكَ إِلَى ما يلي الإيجاب كما لو سـكت عَلَيْهِ فَقَالَ استأجرت مِنْكَ عبدَك شَهْراً بكذا انصرف إِلَى ما يليه، [كما لو استأجره شَهْراً واحداً انصرف إِلَى ما يليه][1] تحرياً لصحة العقد، فَكَذَلِكَ ههنا.

فَإِذَا انصرف إِلَيْهِ تعين الثَّانِي الَّذِي يلي ذَلِكَ الشهر بخمسة دَرَاهِمَ.

❁ ❁ ❁

(١) فِي ب.

[بَابُ إِجَارَةِ العَبْدِ]

٩٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ عَبْدَاً مَحْجُورَاً فعمل فَأَعْطَاهُ الْأُجْرَة؛ قَالَ: أُجِيزُهُ، وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَهُ.

وَهَذَا استحسانٌ ذكره فِي الأصل.

وجه القياس أنَّ عقد المحجور عَلَيْهِ باطلٌ كما إِذَا هَلَكَ من العمل.

وجه الاستحسان أنَّ المحجور إِنَّمَا يحجر عن الضرر بالْمَوْلَى، فأمَّا عمَّا ينفعه فَلَا.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يقبل الهبة فيجوز بِغَيْرِ إذن الْمَوْلَى؟

وجواز الإجارة ولزومها فِي الابتداء يضر الْمَوْلَى فوجب ردّه، والجواز فِي الانتهاء ينفعه نفعاً محضاً، لأنَّا إِذَا أبطلناه ضاعت منافعه وَلَمْ يتقوم أصلًا، وَإِذا آجرناه تقومت منافعه مِنْ غَيْرِ ضررٍ بِهِ فوجب القول بِهِ، وبخلاف ما إِذَا عطب، لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ هناك بطل ضمان العين، فَصَارَ نفعاً يشوبه ضررٌ، فأبطلناه.

وَإِذا جَازَ صحَّ قبض العَبْد الأجر لِأَنَّهُ صَارَ كالمأذون لما صحَّ عقده، وفيه تحقيق ما يبتني عَلَيْهِ الاستحسان، وَهُوَ أَنَّهُ نفعٌ لَا يشوبه ضررٌ، وَفِي قبضه تحقيقه، فوجب القول بصحته، فَإِذَا صحَّ لَمْ يَكُنْ للمستأجر أن يسترده وَهُوَ معنى قولَهُ لَيْسَ للمستأجر أخذه.

٩٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْـتَأْجِر الأَرْضَ لِيزرَعَ فِيهَا شَيْئاً وَلَا يُسَمِّي؛ قَالَ: الإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ.

لأنَّ الْأَشْيَاء الَّتِي تزرع مختلفةٌ فيكون المعقود عَلَيْهِ مجهولًا، قَالَ فإن اختصما قبل الزراعة أفسـدَتْها لما قلنا من جهالة المعقود عَلَيْهِ، فَإِذَا اختصما وجب نقضها للفساد، فإن نقضها القَاضِي لَمْ يعد أَبَدَاً، وَإِنَ لَمْ تنقض حَتَّى زرعها شَيْئاً جازت.

وَهَـذَا استحسـانٌ أَيْضَـاً لِأَنَّ الجهالة زالـت بالزراعة قبل قـرار حكم العقد فوجب أن يبطل الفساد.

كما فِي البيع الى الحصاد [والدياس][(١)] إِذَا أسقط الأجل قبل أوان الحصاد.

وكمـا فِي الصرف بشـرط الخيار والأجل إِذَا أسـقط ذَلِكَ قبـل الافتراق أَنَّهُ يجوز استحسـانا خلافاً لزفر ﷺ، فَكَذَلِكَ فِي هَذَا، وَإِذا زرع ومضى الأجل وجب الأجر الَّذِي سمّاه.

٩٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْـتَأْجِرُ الرَّجُل يَخبزُ لَهُ هَذِهِ العَشرَةَ مَخَاتيمَ[(٢)] هَذَا اليَوْمَ كَلَّهُ بِدِرْهَمٍ؛ قَالَ: هَذَا فَاسِدٌ.

---

(١) فِي ب

(٢) مخاتيم حنطة أَوْ شـعير جمع مختوم، مكيال ويساوي المختوم الهاشمي الْأَوَّل ٣٢ رطلًا أي حوالي سـبعة عشر رطلاً، وَأَمَّا مختوم الحجاج فِي عهد سيدنا أمير المؤمنين عمر ﷺ فَكَانَ يساوي صاعاً وَهُوَ ٢١٢٥ , ٤ ليتر. كله تبعاً لفالتر هانتس

وذكر عنهما فِي كِتَاب الأجارات أَنَّهُ جائزٌ.

وجه قولَهُمـا: إنَّ العقد وقع عَلَى عملٍ معلومٍ ببدلٍ معلومٍ، فوجب أن يصح كمـا لو لَمْ يذكر الْوَقْـت، وَهَذَا لِأَنَّ العمل هُوَ المقصود فِـي الأجارات، وَإِذا ذكر الْوَقْت مع ذَلِكَ حمل ذَلِكَ عَلَى التعجيل والتأكيد.

ووجـه قول أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀: أَنَّ المعقود عَلَيْهِ مجهـولٌ فيبطل العقد كما لو اسـتأجره ليخيط لَهُ ثَوْباً من هَـذِهِ الثِّيَاب، وَإِنَّمَا قلنا هَـذَا لِأَنَّ الْوَقْت يدل عَلَى أنَّ المعقود عَلَيْهِ هُوَ المنفعة.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أفرده صحَّ مِنْ غَيْرِ بيان العمل عَلَى الكمال، والعمل المفسـر يصلـح مبيعـاً أَيْضاً وهما فِي الحكـم مختلفان، فإنَّ العمل مَتَى صَـارَ مقصوداً لَمْ يجـب البـدل إِلَّا بإبقائه، ومتى صَـارَتْ المنفعة مقصودة وجـب الأجر بالتمكن، وأغراض الناس فِي ذَلِكَ مختلفةٌ أَيْضاً فوجب القول ببطلان العقد.

والجـواب عمَّـا قالا: إنَّ الْوَقْـت والعمـل إِذَا كَانَ كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَا معلوماً فيتعارضان عَلَى السواء.

أَلَا تَرَى أَنَّ مسألة إجارة الراعي وجب الترجيح بالسابق مِنْهُمَا، وجعل الثَّانِي مؤكداً لَهُ أيهما كَانَ.

[بَابُ الإِجَارَةِ عَلَى الشَّرْطَيْنِ]

٩٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى الْخَيَّاطِ ثَوْبَاً فَيَقُولُ لَهُ إِنْ خِطتَهُ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَم، وَإِنَ خِطتَه غَدَاً فَلَكَ نِصْفَ دِرْهَمٍ؛ قَالَ: فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْم فَلَهُ دِرْهَمٍ، وَإِنَ خَاطَهُ غَدَاً فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَم وَلَا يَنْقُصُ عَنْ نِصْفَ دِرْهَمٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ عَلَى مَا شَرَطَا.

وجه قولَهُما: أَنَّهُ استأجره لعملٍ معلومٍ ببدلٍ معلومٍ، والوقت ذكر للتعجيل.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ استوجب المسمّى فِي الْيَوْم، ثُمَّ حط بعض البدل إن أخر العمل، فوجب القول بصحته.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّهُ اجتمع فِي الغد بدلان متعارضان، فبطل بِهِ العقد كما لو قَالَ لَهُ خطه بِدِرْهَمٍ أَوْ نصف دِرْهَم.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ ذكر الْيَوْم حُمل عَلَى التعجيل بدلالة المقابلة بالتأخير وَلِذَلِكَ صحَّ العقد فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ بقي المسمَّى ببقاء العقد وَإِنَ مَضَى الْيَوْم وَقَدْ وجد فِي الغد المسمَّى الآخر، وَلِذَلِكَ جَعَلَ أحدهما أعلى الغائبين والثاني أدنى الغائبين.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي النوادر أَنَّهُ يجب فِي الْيَوْم الثَّانِي أجر مثله لَا يجاوز بِهِ نصف دِرْهَم وينقص عَنْهُ، وَهُوَ اختيار الكرخي رحمه الله.

وذهــب إِلَى طريق أُخْـرَى وَهُوَ: أَنَّ العقد فِـي الثَّانِي معلقٌ بانفســاخ الْأَوَّل ففسد بِذَلِكَ لَا لجهالة البدل، لكن هَذَا خلاف ظاهر الرواية وَهُوَ غير صحيحٍ عند مشايخنا رحمهم الله لِأَنَّهُ عقدٌ واحدٌ كله عَلَى ما قلنا، وَلِأَنَّهُ غير مقدر باليوم.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ جائزٌ بِالْإِجْمَاعِ فَلَا انتقاض أصلًا، بَـلْ هُوَ عقدٌ واحدٌ، وَإِنَ كانا عقدين فَهُوَ مخيرٌ، فأَمَّا الانتقاض فَلَا.

والصحيــح عندهما أَنَّهُ عقــدٌ واحــدٌ، لِأَنَّ الْوَقْت والعمــل إِذَا اجتمعا اعتبر العمل عندهما عَلَى ما ذكرنا.

[بَابُ مَا يَضْمَنُ فِيهِ الْمُسْتَأْجِرِ وَمَا لا يَضْمَنُ مِمَّا يُخَالِفُ]

٩٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِيمَنْ اسْتَأْجَرَ بَيْتاً عَلَى أَنَّهُ إِنْ سكنه فعَلَيْهِ نصف دِرْهَم، وَإِنَ أقعد فِيهِ حداداً فـ[عَلَيْهِ][1] دِرْهَم؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رحمهما الله: لَا يَجُوزُ.

٩٦١- وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى الحِيرةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كَذَا شَعِيراً فَأَجْرُهُ نِصْفُ دِرْهَمٍ، وَإِنَ حَمَلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً فَأَجْرُهُ دِرْهَمٌ.

٩٦٢- قَالَ: وَإِنَ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَى الحِيرةِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَإِنَ جَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيةِ فَبدرهم، قَالَ: جَائِزٌ.

وَهَذَا الفصل الآخر يجوز أَنْ يَكُونَ قولَهُ أَيْضاً لِأَنَّ المذهب عنده أَنَّ العقد إِذَا اشتمل عَلَى شيءٍ معلومٍ ببدلٍ معلومٍ، وضم إِلَيْهِ زيادة بزيادةٍ فِي البدل، فإن العقد يقع عَلَى الأصل المعلوم والفضل معلقٌ باختيار الفضل فِي المعقود عَلَيْهِ.

وعندهما مَتَى وجب الأجر بالتسليم مِنْ غَيْرِ عملٍ، وَلَا يدري عند التسليم أيهما يجب فَهُوَ فاسدٌ وَقَدْ وجد ذَلِكَ.

وذكر الكرخي عن محمد رحمه الله: أَنَّهُ جَعَلَ هَذَا الفضل عَلَى قسمين إِنْ كَانَ ما زَادَ عَلَى الْأَوَّل معلوماً بأن كَانَ الْأَوَّل مَنْصَفاً كَانَ جائزاً، فيكون نصف ببدلِ

(١) فِي ب

معلوم، فأمَّا إِذَا كَانَ الفصل من الحملة مجهولًا لَا يدري أثلث أم نصفٌ، فَهُوَ بَاطِلٌ مثل قولَهُما، والذي ذكر عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ ههنا قولَهُ الآخر، فأمَّا عَلَى قولَهُ الْأَوَّل فَهُوَ بَاطِلٌ مثل قولَهُما.

وجـه قولَهُما: إنَّ الأجـر مجهولٌ فبطل بِهِ عقد الإجـارة، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الأجـر إِنَّمَا يجب بالتسـليم مِنْ غَيْرِ عملٍ، وعند التمكـن[1] لَا ندري أي الأجرين يجب بِهِ بخلاف الْخَيَّاطة الروميّة والفارسـيّة لِأَنَّهُ لَا يجب إِلَّا بالعمل، وَلَا جهالة تبقى عند العمل.

وجه قـول أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ: أنَّ هَذَا تخيير بين عقديـن مختلفين صحيحين، فوجـب القول بصحتــه كما فِي الفارسـيّة والروميّة، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ السـكنى وعمـل الحدادين مختلفان، وكل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عنـد الانفراد صحيح، فَكَذَلِكَ عند الجمع، والغالب فِي الإجارة الانتفاع لِأَنَّهُ مشـروعٌ للحاجة فَلَا يخل عن الانتفاع، فَإِذَا جاء الانتفاع لَمْ تبق[2] الجهالة.

فأمَّا التمكن مِنْ غَيْرِ انتفاعٍ فَلَيْسَ بأصلٍ، بَلْ هُوَ من العوارض، والاحتراز عن العوارض غير واجبٍ، ولأنَّ التسـليم إِذَا وجد أوجبنا المتيقن، وَهُوَ المقابل بأدنى العملين فَلَا يجب الفصل بالشك.

وَقَالَ بعضهم: يجب الأقل وينتصف الفصل، فَلَا يتمكن الجهالة بكل حال.

٩٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اسْـتَأْجَرَ أَرْضاً

---

(١) فِي ب: التمكين

(٢) فِي ب: تثبت

بِيضَاءَ سَنَةً عَلَى أَنْ يَكْرِيَها، أَوْ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا، أَوْ عَلَى أَنْ يَسْقِيهَا، فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنَ شَرَطَ عَلَيْهِ أن يُثنيهَا أَوْ يُسَرْقِنَهَا أَوْ يَكْرِي أَنْهَارَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ.

وأصله أنَّ الشـرط مَتَى كَانَ مسـتحقاً أَوْ ملائماً فَلَا بَأْسَ بِهِ، وشـرط الزراعة مسـتحق لِأَنَّهُ لذلك تُسـتأجر، وَكَذَلِكَ الكراب[1] لِأَنَّهُ لَا يتأتى الزرع بِغَيْرِ كرابٍ، وَكَذَلِكَ السقي لِأَنَّهُ لَا ينتفع إِلَّا بِهِ غالباً، وَلَوْ كَانَ ينتفع بدونه فَإِنَّهُ يزيد الربع جودة فَصَارَ مستحقاً أَوْ ملائماً.

فأمَّا التثنية فشرطٌ مخالفٌ للعقد منتفعٌ بِهِ فَصَارَ مفسداً لِأَنَّ التثنية عند بعضهم أن ترد الأرض مكروبةً، فَهَذَا شرطٌ يَنتفع بِهِ رَبّ الأرض خاصةً[2].

وَقَـالَ بعضهم: هُوَ أن تُكرب الأرض مرتين فصاعداً، لكـن هَذَا لَا بَأْسَ بِهِ، فمن الأراضي ما يحتاج إِلَى تكرار الكراب.

وَقَـالَ بعضهم: التثنيـةُ أن تُجعل جداول، وَذَلِكَ مِمَّا يبقـى منفعتُه إِلَى العام الثَّانِي.

وَكَذَلِكَ إِذَا شُـرط عَلَيْهِ أن يُسَرْقِنها، فإِنْ كَانَ السَّرقين من عند المستأجر فَقَدْ

---

(١) الحرث، كرب الأرض حرثها وقلبها.

(٢) قَالَ ابن عابدين: وَفِي المنح: إن كَانَ المراد أن يردها مكروبة فَلَا شك فِي فساده، وإلا فإن كَانَـتْ الأرض لَا تخـرج الريع إِلَّا بالكراب مرتين لَا يفسـد وإن ما تخرج بدونه، فإن كَانَ أثره يبقى بعد انتهاء العقد يفسد لان فِيهِ منفعة لرب الأرض، وإلا فَلَا اه ملخصا.

وذكر فِي التاترخانية عن شـيخ الاسلام ما حاصله: أن الفسـاد فِيمَا إِذَا شرط ردها مكروبة بكـراب يكـون فِي مدة الإجارة، أَمَّا إِذَا قَالَ عَلَى أن تكربهـا بعد مضي المدة أَوْ أطلق صحَّ وانصرف إِلَى الكراب بعده. قَالَ: وَفِي الصغرى واستفدنا هَذَا التفصيل من جهته، وَبِهِ يفتى. قلت: ووجهه أن الكراب يكون حينئذ من الْأُجْرَة. تأمل. رد المحتار ٦/ ٣٤٤

شَـرَط عَلَيْـهِ عيناً هُوَ مالٌ، فإن بقيـت منفعته بعد العام صَارَ مفسـداً، ولكن تأويل المسألة هُوَ الغالب.

وَكَذَلِـكَ كريُ الأنهار، إِنَّمَا يراد بِهِ الأنهار العظام، لِأَنَّ منفعة كرْيها يبقى إِلَى العـام الثَّانِي[1]، أَمَّـا إِذَا أَرَادَ الجداول فَلَا تبقى منفعة كرْيِها إِلَـى العام الثَّانِي، فَلَا بَأْسَ بِهِ، واسم الأنهار عَلَى الإطلاق لَا يتناول الجداول.

قَالَ: ومسألة استئجار الرَّجُل يحمل الطعام بثلثه مثل الاستئجار بقفيزٍ مِنْهُ.

ومسألة حمل الطعام المشترك فَقَدْ مرت أَيْضَاً، ومسألة العُذر مرت أَيْضَاً.

٩٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ غَصَبَ عَبْدَاً فأجَّر العَبْدُ نَفْسَـهُ فَأَخَذَ الغَاصِبُ الأَجْـرَ فَأَكَلَهُ؛ قَالَ: لَا ضَمَـانَ عَلَيْهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رحمهما الله: هُوَ ضامنٌ.

فإن وجد الْمَوْلَى الأجر قائماً بِعَيْنِهِ أخذه، ف[إن][2]أكل العَبْد الأجر فَهُوَ لَهُ، [وقبض العَبْد الأجر جائزٌ][3] فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً، أَمَّا مسألة الضمان من الخواص.

فوجه قولَهُمـا: أَنَّهُ أتلف مِلك غيره بلا تدّينٍ وَلَا تأويلٍ، فَلَا بُدَّ من الضمان، ودلالةُ أَنَّهُ مِلك غيره أن المالك أحقُّ بِهِ، أعني مالك العَبْد، وَلِأَنَّهُ كسب عبده فَكَانَ تبعاً لرقبته.

---

(١) فِي ب: الآخر

(٢) الإضافة مني

(٣) فِي ب

ووجــه قول أَبِي حَنِيفَــةَ ﷺ: أَنَّهُ أتلف عيناً غير متقوم فِــي حق المتلِف، فَلَا يضمن كصاحب[1] السرقة [بعد القطع][2].

وَإِنَّمَا قلنا هَــذَا لِأَنَّ التقوم بالإحراز، والإحراز بِالْيَدِ، والعبد فِي يَدِ الغاصب وضمانه، وَلَيْسَــتْ لَهُ فِي حق الغاصب يد تقع بِهَا الإحراز عن الغاصب، فَصَارَ فِي حقه بِمَنْزِلَةِ مالٍ غير محرزٍ، فَلَمْ يجب ضمانه عَلَيْهِ.

وَكَذَلِكَ كســب المبيع إِذَا أتلفه البَائِع قبل التســليم إِلَى الْمُشْــتَرِي لَمْ يَضْمَنْ عنــد أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لهذه النكتة، وَلَيْسَ من ضــرورة بطلان التقوم فِي حقه بطلان الملك كما قلنا فِي نصاب السرقة، وَقَدْ ذكرنا قبض العَبْد.

٩٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اسْــتَأْجَرَ رَجُلَاً لِيذْهَــبَ إِلَى الْبَــصْرَةِ فَيَأْتِي بِعِيالِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُــم قَدْ مَاتَ فَحَمَلَ مَنْ بَقِي؛ قَالَ: فَلَهُ الأَجْرُ بِحِسابِ ذَلِكَ.

ومعنــى المســألة أن يكونوا معلوميــن، والأجر مقابَلٌ بحملتهــم، فَإِذَا أوفى بعض المعقود عَلَيْهِ دون البعض استحق بقدر ما أوفى، وبطل ما لَمْ يوف.

٩٦٦- وَقَــالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ اسْــتَأْجَرَ رَجُلَاً ليذهب بكتاب لَهُ إِلَى الْبَصْرَة ويأتي بجوابه، فذهب فوجد فُلَانَاً قَدْ مَاتَ، فرد الْكِتَاب، قَالَ: لَا أجر لَهُ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَهُ الأجر فِي الذهاب.

---

(١) فِي ب: كنصاب

(٢) فِي ب

فوجـه قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أَنَّهُ أوفـى فِي بعض المعقـود دون البعض، كما فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

بيانه: أنَّ الأجر مقابلٌ بقطع المسـافة لَا بحمل الْكِتَاب وحمل الجواب، لِأَنَّ حمله لَيْسَ بعملٍ يصح مقابله بالبدل ليسـره وخفة مؤنته، وَإِنَّمَا العمل الَّذِي يصح مقابلته قطع المسافة لَهُ وَقَدْ قطعها لَهُ فِي الذهاب دون العود.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وَهُوَ قول أَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وَهُوَ أنَّ تسـليم المبيع قَدْ بطل، فبطل استحقاق البدل، كما لو استأجره ليحمل طَعَامَاً إِلَى الْبَصْرَة فحمله ثُمَّ رده.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّهُ قابل الأجر بنقل الْكِتَاب، وَذَلِكَ يُعد مقصوداً بين الناس، فَإِذَا ردّه فَقَدْ نقضه، وَقَدْ نَقَضَ قطع المسـافة لَهُ فبطل الأجر لَهُ كما قلنا فِي مسـألة الطعام.

ثُـمَّ ذكر مسـألة الطعام إِذَا وجـد فُلَانَاً قَدْ مَاتَ فردّه أَنَّهُ لَا أجـر لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيْعَاً.

والفرق لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ نقل الطعام يعد عملًا يقابل الأجر بِهِ وَفِي إقامته حرج ومشقة، وَقَدْ نقضه بخلاف حمل الْكِتَاب ونقله.

أَلَا تَـرَى أَنَّ نقل الطعام مفيـدٌ وَإِنَ لَمْ يجد فُلَانَاً؟ فجعل ردّه نقضاً لَهُ، وَلَيْسَ فِي رد الْكِتَاب نَقَضَ إِذَا لَمْ يجد فُلَانَاً فلهذا افترقا.

٩٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اكترى مِنْ رَجُلٍ

بعيراً[1] بِغَـيْرِ أَعْيَانِهَا إِلَى مَكَّةَ، وَكَفِلَ لَهُ رَجُلٌ بالحُمـلان. قَالَ: جَائِزٌ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهما شَاءَ بِالحِمْلَانِ.

والمراد بالحُمـلان الحَمْلُ، وضمانُ العمل وَهُوَ الحمل إِنَّمَا يصح إِذَا كَانَتْ الإبل بِغَيْرِ أعيانها لِأَنَّهُ مضمونٌ يمكن استيفاؤه من الكفيل، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ بأعيانها لَـمْ يمكن اسـتيفاء حملها من غيرها فبطلت الْكَفَالَة، هَـذَا اذَا كَفِلَ بالحملان [أي الحمل][2].

فأمَّـا إِذَا كفل بالحَمولة وَهِيَ الإبل صحَّت فِي الْوَجْهَيْـنِ جَمِيْعَاً، لِأَنَّهُ عبارةٌ عن الْكَفَالَة بتسـليم الإبل، وَذَلِكَ مضمونٌ يمكن اسـتيفاؤه مـن الكفيل وَهُوَ مثل الْكَفَالَة بالنفس.

وَكَذَلِكَ قَالَ بعده فِي العَبْد يَسْـتَأْجِر للخدمة فكفل رجل بخدمته، قَالَ: باطلٌ لما قلنا أَنَّهُ يمكن استيفاؤه من غيره كحِمل الإبل بأعيانها.

٩٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْـتَأْجِرُ الظِئْرَ بِطَعَامِهَا وِكِسْـوتِهَا، فَإِنَّهُ جائزٌ، اسْتَحْسِنُ ذَلِكَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا يَجُوزُ.

وَإِنَ سـمّى الطعامَ دَرَاهِمَ، وسمى الكسـوةَ فوصف جنسها وضربها وأجلها وذرعها فَهُوَ جَائِزٌ، أَمَّا إِذَا سَـمَّى الطعام دَرَاهِمَ، فإنَّما معناه أن يجعل الدَّرَاهِم بدلًا

(١) فِي ب: إبلًا

(٢) فِي ب

فَلَا شك فِي جوازه، ثُمَّ يستبدل بِهِ طَعَامَاً فيصح، وَإِنَ سمَّى الطعام جَازَ أَيْضَاً، وَلَمْ يشترط تأجيله لِأَنَّهُ ثمنٌ، لكن يشترط بيان مكان تسليمه عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَفِي الكسوة لَا بُدَّ من بيان الأجل، لِأَنَّهُ لَا يصلح ثمناً بِكُلِّ حَالٍ.

وَأَمَّا إِذَا أطلق ذَلِكَ فَإِنَّهُ باطلٌ فِي القياس، وَهُوَ قولَهُما، لِأَنَّهُ مجهولٌ فبطل كسائر الإجارات.

وجه الاستحسان: أنَّ الجهالة إِذَا لَمْ توجب منازعةً كَانَتْ عفواً كبيع قفيزٍ من صُبرة، وهاهنا الجهالة لَا توجب منازعة، لِأَنَّ العادة العامة بين الْمُسْلِمِينَ فِي كل البلاد التوسعة عَلَى الأظآر، والجري عَلَى موجب شهوتهن وعادتهن، وَفِي ذَلِكَ قطع المنازعة لَا محالة، وَهَذَا لَا يوجد فِي سائر العقود، وسائر الإجارات.

٩٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الحِمَارَ بِسَرجٍ لِيَرْكَبَهُ فَتَرَكَ ذَلِكَ السَّرْجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرجٍ آخَرَ. فإِنْ كَانَ لَا يُسْرَج بِمِثْلِهِ الحُمُرُ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنَ أوكَفهُ بِإِكَافٍ فَهُوَ ضَامِنٌ وإِنْ كَانَ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمرُ. قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يَجِبُ بِحِسابِ ذَلِكَ.

وذكر فِي كِتَاب الإجارات فِي الإكاف يجعل مكان السرج[1] أَنَّهُ يضمن بقدر ما زَادَ فِي قَوَلَهُمْ جَمِيْعَاً.

فمن أصحابنا رحمهم الله من قَالَ ما ذكر هاهنا عنهما تفسير لقول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

فأَمَّا إِذَا بدل السرج بمثله أَوْ أخف مِنْهُ فَلَا يُشكل أَنَّهُ يجب المسمَّى وَلَا

---

(١) الإكاف هُوَ برذعة الحمار، والسرج يكون للفرس

يضمن، وَإِنَ بدل السـرج بسرجٍ لَا يُسرج بمثله الحمر أَوْ الإكاف بإكافٍ لَا يوكف بمثله الحُمر فيحتمل أن يضمن القيمة كلها فِي قَوَلَهُمْ جَمِيْعَاً لِأَنَّهُ يعد إتلافاً للدابة كمن أبدل الحنطة بالحديد.

فأمَّا إِذَا أبدل السـرج بإكافٍ لَا يوكف بمثله الحُمُر فَكَذَلِكَ، وإِنْ كَانَ يوكف بمثله الحُمُر فَهُوَ موضع الشـبهة، فإِنْ كَانَ بالاتفاق فَهَذَا واضحٌ لأَنَّهما سـواءٌ فِي الركـوب، إِلَّا أنَّ أحدهما أزيد فيضمن الزيادة، وإِنْ كَانَ عَلَى الاختلاف بأن حمل قولَـهُ: (فَهُوَ ضَامِـنٌ) عَلَى كل القيمة فوجه قولَهُما ما قلنا: أَنَّهُ زَادَ عَلَى المسـمَّى، فوجب أن يضمن الزيادة خاصة، كما لو اسْـتَأْجَرَ دابةً ليحمل عَلَيْهَا عشرة مخاتيم حنطةٍ فحمل عَلَيْهَا أحد عشر مختوماً.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: إنَّ الإكاف يستعمل لما لَا يستعمل لَهُ السرج وَهُوَ الحَمل، وأثره مخالفٌ أَيْضَاً لِأَنَّهُ لَا ينبسط انبساط السرج، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ صَارَ فِي حق الدَّابَّة مخالفاً إِلَى جنس غير المسـمى، فَلَمْ يصر مستوفياً بِهِ شَيْئاً من المسمى فضمن الكل.

٩٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْـتَأْجِرُ الرَّجُلَ لِيحْمِـلَ لَهُ مَتَـاعَاً فَيَأْخُذُ فِي طَرِيقٍ كَذَا، وَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ آخَرَ يَسْـلُكُهُ النَّاسُ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِنْ هَلَكَ المَتَاعُ، وَإِنَ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ.

وَإِنَ حمل فِي البحر فِيمَا يحمله الناس فِيهِ فَهَلَكَ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنَ بلغ فَلَهُ الأجر.

وَإِنَ خالـف فِـي البرّ فإن سـلك طريقاً غير مسـلوكٍ صَارَ مخالفـاً ضامناً إن

عطب، وَإِنَ سلِم وبلَغَ فَلَهُ الأجر، لِأَنَّ جنس الطَّرِيق واحدٌ، وَإِنَّمَا الضمان بالضرر، فَإِذَا سلم بطل جانب الخلاف، وإِنْ كَانَ مسلوكاً كَانَ الشرط لغواً لِأَنَّهُ شرطٌ غير مفيدٍ، فكأنه أطلقه.

فأمَّا إِذَا حمل فِي البحر، فإِنْ كَانَ غير مسلوكٍ فَلَا شك أَنَّهُ يضمن، وَإِنَ سلِم وبلغ وجب الأجر أَيْضاً، فأمَّا إِذَا كَانَ مسلوكاً فَهُوَ ضَامِنٌ لِأَنَّ البحر موضع غررٍ وخطَرٍ فِي الأصل، لكنَّ تحمُّلَ الخطرِ [والغرر][1] قَدْ يكون معتاداً، فَإِذَا قيده بِمَا لَا خطر فِيهِ صحَّ التقييد.

وَإِذا صحَّ التقييد ثبت الخلاف فوجب الضمان، إِلَّا أنَّ جنس الطرق واحدٌ، فَلَا يثبت حكم الخلاف إِلَّا بأن يظهر أثر التفاوت وَهُوَ الهلاك، فَإِذَا سلم بقي التفاوت صورة بلا معنى، فقيل أَنَّهُ يجب المسمى، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

٩٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ اسْتَأْجَرَ الأَرْضَ لِيزْرَعَهَا حِنْطةً، فَزَرعَهَا رُطْبةً؛ قَالَ: هُوَ ضامنٌ، وَلَا أَجْرَ عَلَيْهِ.

لِأَنَّ الرطبة[2] لَا تعرف نهايتها وضررها بالأرض ظاهرٌ، فَصَارَ استغلال[3] الأرض بِهَا جنساً غير جنس الاستغلال بالحنطة، فَصَارَ ضامناً غاصباً بِكُلِّ حَالٍ.

(١) فِي ب
(٢) وَهُوَ البرسيم، وسبب ضرره بالأرض أنه يمكث فِيهَا مدة سنوات وينبت فِيهَا مراراً بعد زرعه، وَهَذَا معنى قولَهُ لَا تعرف نهايتها، إذ لَا يتمكن صاحبها من زراعتها محصولًا آخر إِلَّا بحرث وعلاج.
(٣) فِي ب: استعمال

٩٧٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْـتَأْجِرِ مِنْ الرَّجُـلِ الـرَّحَى فَيحْمِلَهَا فَتَنقَـضِي الإِجَارَةُ؛ قَـالَ: عَلَى المُؤاجِـرِ(١) أَنْ يَجِيءَ فَيأخُذَهَا، وَإِنْ كَانَتْ عَارِيَةً فَعَلَى المُسْتَعِيرِ رَدَّهَا.

والفرق أنَّ قبض المستعير واقع لِنَفْسِهِ، فَكَانَ عَلَيْهِ نقضه، فأمَّا المستأجر فقابض للآجر لِأَنَّهُ يتأكد بقبضه حقه فِي عين الْمَال فَصَارَ أولى من حق المستأجر فِي المنفعة، وَإِذا وقع القبض لَهُ فعَلَيْهِ نقضه.

ولأنَّ الْعَارِيَّة وَقَعَتْ بهذا الشرط لِأَنَّهَا أُخذت من التعاور وَهُوَ التداول فوجب الوفاء بموجب العقد، وَلَيْسَ فِي الإجارة اقتضاء الرد فوجب الجري فِيهِ عَلَى موجب الأمانات، وَلَمْ يتعدَّ هنا إِلَى ضمان العين.

أَمَّا القبض فلأنَّ ضمان العدوان لَا يتعلق بإثبات اليد، وَإِنَّمَا يتعلق بقطع اليد وَلَمْ يوجد [ذَلِكَ](٢) من المستعير أصلًا.

وَأَمَّا الرد فيصلح عهدة لإثبات اليد لِأَنَّهُ لَيْسَ من باب الجبر ليجب بناؤه عَلَى التفويت، لَكِنَّهُ عهدةٌ فيجب بناؤها عَلَى الإثبات، وَأَمَّا الشرط فمتناهٍ بهلاك العين فَلَا يبقى حكمه.

❁ ❁ ❁

(١) فِي ب: الآجر

(٢) فِي ب

[مَسَائِلُ مِنْ كِتَابِ الإِجَارَةِ لَمْ تَدْخُلْ فِي الأَبْوَابِ]

٩٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْتَعِيرُ الأَرْضَ فَحَرَّقَ الحَصَائِدَ فِيهَا فَاحْتَرَقَتْ أَرْضٌ لِقَومٍ آخَرِين، أَوْ اسْتَأْجَرَهَا فَفَعَل ذَلِكَ فِيهَا فَاحْتَرقَ شَيءٌ فِي أَرْضٍ لِقَومٍ آخَرِينَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ[1].

لِأَنَّ هَذَا تسببٌ وَلَيْسَ بمباشرةٍ، والضمان بطريق التسبب يعتمد التعدي فِي التسبب.

أَلَا تَرَى أَنَّ من حفر بئراً فِي دَارِهِ فوقع فِيهَا واقعٌ فَهَلَكَ، أَنَّهُ لَا يضمن.

وَلَوْ رمى سهماً فِي مِلْكِهِ فأصاب نفساً أَوْ مَالاً فَهَلَكَ أَنَّهُ يضمن، لِأَنَّهُ مباشرة، فَلَمْ يتوقف عَلَى التعدي.

وأصله أنَّ المباشرة علة، فَلَا يبطل حكمها بعذر، فأمَّا التسبب فَلَيْسَ بعلةٍ، فَلَا بُدَّ من صفة العدوان لتصير علة، وهاهنا إحراق الحصائد لَيْسَ بتعدٍ فَلَا يصلح عَلَيْهِ لضمان التعدي، وَهِيَ من الخواص.

ومعنى احتراق الأرض احتراق ما فِيهَا.

---

(١) قيل هَذَا فِي يوم لَيْسَ فِيهِ ريح أَوْ فِيهِ ريح هادئة، فأما إِذَا كَانَ فِيهِ ريح غير هادئة فَإِنَّهُ يضمن. حاشية أ

[بَابُ جِنَايَةِ الْمُسْتَأْجِرِ]

٩٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الرَّجُلَ بِحِمْلٍ لَهُ دَنَا مِنْ الفَرَاتِ بِقِيرَاطٍ إِلَى مَنْزِلِهِ فَلَمَّا بَلَغَ بَعْضَ الطَّرِيقِ انْكَسَرَ؛ قَالَ: إِنْ شَاءَ ضَمنَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي انْكَسَرَ وَأَعْطَاهُ مِنْ الأَجْرِ بِحِسَابِ ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ وَلَا أَجْرَ لَهُ.

وأصله أنَّ الأجير المشترك الَّذِي يعمل لعامة الناس ضامنٌ لما يتلَف من عمله عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله.

ولأصحابنا رحمهم الله: أَنَّهُ عامل بِغَيْرِ إذنٍ فيكون ضامناً، كما إِذَا عمل بِغَيْرِ عقدٍ.

وبيانه أنَّ المعقود عَلَيْهِ تزيين العين وتحسينه، فَإِذَا صَارَ تعييباً خرج عن حدِّ الإذن فَصَارَ ضامناً، ودلالة ذَلِكَ أَنَّهُ ما لَمْ يعمل لَا يستوجب الأجر، وَإِنَ إعلامه يكون بمحل العمل لَا بالمدة الَّتِي تعرف بِهَا المنافع، وأنَّه يعمل لغير وَاحِدٍ[1] فيصح، والسلامة مستحقة بِالْبَيْعِ، فأمَّا أجير الواحد فبائع منافعه.

أَلَا تَرَى أَنَّ الأجر يجب بِغَيْرِ عمل بالتمكن، وأنه إِنَّمَا يصير معلوماً بالمدة لَا بمحل العمل، وأنَّه يصير مَحْجُوراً عن العقد مع آخر وَلَا عيب فِي المنافع، وَإِنَّمَا يتأتى العيب من قبل العمل وَذَلِكَ غير مبيع، فَلَا يستحق سلامته وَلَا يلزم المُعين لِأَنَّهُ واهبٌ فَلَا يستحق السلامة بعقد الهبة.

---

(١) وَلَوْ كَانَ منفعته مستحقة للمستأجر لَا يمكن من أن يعمل لآخر. حاشية أ

وَلَا يلزم الحجام وغيره لِأَنَّهُ يؤاخذ بالسلامة من قبل أَنَّهُ لَيْسَ فِي وسعه، وَلَا يستحق الخارج عن الوسع بحال، فأمَّا العمل المصلح فَلَيْسَ بخارجٍ عن الوسع، لكن فِيهِ ضربٌ من الحرج وَلَيْس ذَلِكَ بعذرٍ فِي حقوق العباد، فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا: إنَّ الحمال إِنَّمَا عقد عَلَى عملٍ مصلِحٍ وَهُوَ الحمْل، فَإِذَا سقط عَنْهُ صَارَ معيباً فخرج عن حد الأذن وصار تعدياً، والحَمْلُ المستحق بالعقد ما ينتفع بِهِ وَهُوَ أن يجعل المتاع محمولًا إِلَى منزله.

فَإِذَا دَخَلَ العيب فِي طرفٍ مِنْهُ وَهُوَ شيءٌ واحدٌ صَارَ من الأصل تعدياً مِنْ وَجْهٍ، وَفِي الحقيقة ابتداؤه سليم، فإن شاء اعتبر جهة السلامة فضمِنه من حين صَارَ معيباً، فيبقى الحمْل إِلَيْهِ مستوفياً فلزمه أجرة(١)، وَإِنْ شَاءَ اعتبر جهة العيب من الأصل لِأَنَّهُ مجتمعٌ مِنْ وَجْهٍ مفترقٌ مِنْ وَجْهٍ، فضمنه من حيث دَفَعَ، فَلَمْ يصر عمله مستوفياً فَلَا يلزمه شيءٌ من الأجر.

٩٧٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ اسْتَأْجَرَ حِمَارَاً إِلَى بَغْدَادَ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ عَلَيْهِ مِثْلُ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَنَفَقَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ. وَإِنَ بَلَغَ بَغْدَادَ فعَلَيْهِ الأَجْرُ الَّذِي سمَّى. وَإِنَ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ شَيْئاً تَنَاقَضَا الإِجَارَةَ.

(١) وإنما يجب الأجر لأنه لما ضمنه فِي موضع الكسر فَقَدْ جَعَلَ المتاع أمانة عنده، والأجر يجب فِي حالة الأَمَانَة، وإنما صَارَ مضموناً عند الكسر، وهذه حالة أُخرَى بعد انقضاء حالة الأَمَانَة، ومثل هَذَا جائز بدليل أنه لو حمل المتاع إِلَى المكان المعين ثم أحرقه أَوْ طرحه يضمن قيمته ويجب الأجر، فَلَمْ يجب للآجر مع الضمان فِي حالة وَاحِدَة فاندفع الإشكال أن الأجر مع الضمان لَا يجتمعان. برهاني حاشية أ

وَهَذَا مثل ما سبق فِي أستئجار الأرض إِذَا لَمْ يسمِّ ما يزرع فِيهَا أنَّها فاسدةٌ تنقض إِذَا اختصما فِيهِ، فإن لَمْ ينقض حَتَّى زالت الجهالة صحت ووجب المسمى، واعتبر فِي زوال الجهالة أن يحمل المعتاد لِأَنَّ مطلق الأذن انصرف إِلَيْهِ.

٩٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى خَيَّاطٍ ثَوْبَاً لِيقْطَعَهُ قَمِيصَاً وَيَخِيطَهُ لَهُ بِدِرْهَمٍ فَقَطَعَهُ قُبَاءً وَخَاطَهُ وَهُوَ يُصَدِّقَهُ؛ قَالَ: فَإِنْ شَاءَ رَبُّ الثَّوبِ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ القُبَاءَ وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ، [يعني أَجْرَ مِثْلِهِ][(١)] لَا يُجَاوزَ بِهِ مَا سَمىً.

وروى الحسن بن زياد ﷺ عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ يضمّنه قيمته وَلَا سبيل لَهُ عَلَيْهِ وَلَا خيار لَهُ.

وجه قوْلِهُ: إِنَّ هَذَا غاصب خاط ثوب غيره بِغَيْرِ أمره فملكه وضمن قيمته، وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ القباء جنسٌ غير جنس القميص فَلَمْ يتناوَلهُ الأمر أصلًا.

ووجه ظاهر الرواية: وَهُوَ أَنَّ الْخَيَّاط مخالفٌ مِنْ وَجْهٍ، موافقٌ مِنْ وَجْهٍ.

أَمَّا الخلاف فظاهرٌ لِأَنَّ القباء غير القميص، وَأَمَّا الموافقة فلأنَّ القباء يشبه القميص.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو يُشد وسطه فيصير بِمَنْزِلَةِ القميص، وَقَدْ يسمى قميصاً مقيداً، فإن أَخَذَ جهة الخلاف ضمنه قيمته وكان الثوب للخياط، وَإِنَ أَخَذَ جهة الموافقة أَخَذَ الثوب لَكِنَّهُ يعطيه أجر مثله دون المسمى لِأَنَّ جهة الموافقة قاصرةٌ غير كاملةٍ.

---

(١) فِي ب

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ يخالف القميص بوصفه مع ذَلِكَ، وَلَوْ خاطه قميصاً مخالفاً لما وصفه لكان لَا يجب المسمَّى لفوات وصف ما يقابله المسمى فهاهنا أولى.

وَذَلِكَ كشرط الْخَيَّاطة الفارسية إِذَا بدلها الْخَيَّاط إِلَى الرومية أَنَّهُ يخير، وَإِنَّمَا يراد بالرومية والفارسية تفاوت يعود إِلَى التركيب والصنعة بِمَنْزِلَةِ القباء والقميص، فَإِذَا اختار الأخذ أعطاه أجر مثل لَا يجاوز بِهِ المسمى فَكَذَلِكَ هَذَا[١].

٩٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، رجـلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ ثَوْبَاً لِيَصبَغَـهُ بِدِرْهَمٍ أَوْ يَقْـصُرَهُ فَصَبغَهُ أَوْ قَصَرَهُ؛ قَـالَ: لَا أُعْطِيكَ حَتَّى تُعْطِينِي الأَجْرَ فَلَهُ ذَلِكَ.

وَإِنَ هَلَكَ عنده فَلَا أجر عَلَى صاحب الثوب، وَلَا ضَمَانَ عَلَى القصار، وَهَذَا عندنا.

وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَيْسَ لَهُ حق الحبس، وَكَذَلِكَ كل عامل لعمله أثر فِي العين[٢]، فأمَّا مَا لَا أثر لَهُ مثل الحمل والغسل[٣] فَلَا يستحق بِهِ الحبس[٤].

---

(١) هَـذَا قول من يقول بفسـاد الإجـارة مَتَى خالفه مِـنْ وَجْهٍ، أَمَّا عَلَى قول مـن يقول يعطيه المســمى إِذَا رضي بالعيب، نقول ما ذكر فِي الْكِتَاب محمول عَلَى ما إِذَا اختار القباء وَلَمْ يـرض بالعيب، وَلَهُ أن يأخذ القبـاء وَلَا يرضى بالعيب، ومتى كَانَتْ الحالة هَذِهِ فَإِنَّهُ يعطيه أجر المثل، فأما إِذَا رضي بالعيب يعطيه المسمى. برهاني حاشية أ

(٢) مثل الْخَيَّاط والقصار والصباغ وغير ذَلِكَ. هامش أ

(٣) واختار شمس الأئمة السرخسي فِي غسل الثوب أن للغاسل ولاية الحبس كالقصار يقول: إن البياض الأصلي قَدْ انعدم، والغاسـل قَدْ أثبت بعمله بياضاً، فيكون لعمله أثر فِي العين فَلَهُ أن يحبس. حاشية أ

(٤) فِي الأصل: الغسل

وجـه قولَـهُ: إنَّ المبيـع وقع مسـلَماً بفعل البَائِـع فَلَا يسـتحق الحبس كما [لو][1]بَاعَ عَبْدَاً وسلمه إِلَى الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَا يستحق بِهِ حبسه.

وَإِنَّمَـا قلنا هَذَا لِأَنَّ المبيع متصل بملك الْمُشْـتَرِي اتصـالًا لَا يمكن فصله، وَذَلِكَ يُعدّ قبضاً.

أَلَا تَرَى أَنَّ من اسـتقرض من آخر كُرَّ حنطة وَأَمَـرَهُ ببذرها فبذرها فِي أرض المستقرض أَنَّهُ صَارَ قابضاً، وَقَدْ حصل ذَلِكَ بفعل البَائِع.

ولأصحابنـا ﷺ: أنَّ هَذَا مبيعٌ يحتمل الحبس فوجب حبسـه بِمَا يقابله كما قلنا فِي بيع العين.

وَإِنَّمَـا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ حبسـه ممكنٌ بحبس الأصل، وَقَـدْ جعلت العين تابعةً للعمل ههنا لإمكان إقامة العمل فَكَذَلِكَ فِي حكم الحبس[2].

فأمَّـا قولَهُ: (أَنَّهُ مسـلَمٌ) فَلَيْـسَ كَذَلِكَ لِأَنَّ العامل إِنَّمَا قصـد بِمَا صَنَعَ إقامة العمل لَا التسـليم إِلَيْهِ فجعلت العين تابعةً للعمل فَلَمْ يجز أن يصير العمل مسلَماً لِأَنَّـهُ يصير تبعاً حينئذ، وَفِي حق حكم العقد العين تابعةٌ، ولأنَّ التسـليم إِلَى العين ضرورة إقامته فَلَا يتعدى ذَلِكَ إِلَى التسليم.

فَإِذَا كَانَ شَـيْئاً لَا أثر لَهُ لَمْ يتصور حبسـه، وَلَا يلزمه أَنَّ الآبق يحبس إِذَا ردّه إنسان وَلَا أثر لعمله لِأَنَّهُ لَا يحبس العمل لَكِنَّهُ لما ردَّ عيناً كَانَ عَلَى شرف الهلاك

(١) الإضافة من عِنْدِي

(٢) وإنما قلنا ذَلِكَ لأن العين محل العمل، والعمل معقود عَلَيْهِ واجب التسليم وَلَا يمكنه إِلَّا بتسليم المحل إِلَيْهِ، والمحل شرط فيكون فِي حق حكم العقد، وَمَا هُوَ من ضروراته تابعاً، وقبض الأُجْرَة من حكم العقد والحبس وسيلة إِلَيْهِ. حاشية أ

صَارَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ إحياء العين وتمليكه فملك حبس العَبْد كأنَّه بَاعَهُ إِيَّاهُ.

فأمَّا هاهنا فَلَمْ يوجد إحياء العين وَلَا وُجد وصفٌ قائمٌ بالعين ليحبس بِمَا يقابله فَلِذَلِكَ افترقا فَإِذَا ثبت لَهُ حق الحبس لَمْ يصر متعدياً، وقيل الحبس إِذَا كَانَتْ العين أمانة عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، فَكَذَلِكَ بعده فَلَمْ يضمن، والعمل هَلَكَ قبل التسليم فانتقض البيع وبطل الأجر كالمبيع يهلك فِي يَدِ البَائِع.

فأمَّا عندهما قَدْ كَانَتْ العين مضمونةً من قبل بالعقد، فَكَذَلِكَ بعد الحبس ولصاحبه الخيار إِنْ شَاءَ ضمنه غير معمولٍ لِأَنَّهُ لَمْ يصر مسلّماً وَلَا أجر عَلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ ضمنه معمولًا لِأَنَّهُ فِي الضمان تابعٌ للعين، لِأَنَّ العين إن صَارَتْ مضمونةً بالسبب غير معقول صَارَ الوصف تابعاً فيجوز أن يصير مضموناً بالقيمة تبعاً للعمل، وإِنْ كَانَ المبيع لَا يصير مضموناً بالقيمة عَلَى البَائِع قصداً بحالٍ.

وإِنْ كَانَتْ العين مضمونةً تبعاً للعمل، أي صَارَ بهذا الوصف تبعاً [للعمل][1] فيجب أن لَا يضمنه معمولًا حَتَّى لَا يصير تبعاً فوجب تخييره، فإن ضمنه معمولًا أعطاه الأجر، وَإِنَ ضمنه غير معمولٍ لَمْ يعط الأجر وصار كما لو أتلفه، وَفِي الإتلاف يخير بِالْإِجْمَاعِ، فَكَذَلِكَ ههنا عندهما.

٩٧٨- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي الخَبَّازِ يَخبِزُ فِي مَنْزِلِ المُسْتَأجِرِ فَلَمَّا أَخْرَجَ الخُبْزَ مِنْ التَّنورِ احْتَرقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَهُ الأجرُ.

لِأَنَّهُ لما أخرجه من التنور فَقَدْ أوفى عمله، فَصَارَ الخبز منتفعاً بِهِ فصح التسليم لقيام يده عَلَى الخبز بواسطة قيامها عَلَى منزله، وَهَذَا بخلاف ما إِذَا لَمْ

(١) فِي ب

يخرجه بعد لِأَنَّ العمل لَمْ يوجد لِأَنَّهُ غير منتفعٍ بِهِ، فَلَمْ يكن عَلَى هيئة التسليم فَلَمْ يصح تسليمه[1].

وَهَـذَا بخلاف الْخَيَّاط يخيط فِي منزلِ رَبّ الثوب فَهَلَكَ الثوب بعد ما خاط بعضه أَنَّهُ يستحق حصته من الأجر لِأَنَّ قدر ما خاط منتفعٌ بِهِ[2] فصح تسليمه.

ثُـمَّ ذكر مسـألة القصـار إِذَا دقَّ الثوب فينخـرق أَنَّهُ ضامن، ومسـألة البزاغ والحجـام إِذَا هَلَكَ العَبْد من حجامته أَوْ نقصت الدَّابَّة من نزغه أَنَّهُ لَا يضمن، وَقَدْ ذكرناه.

٩٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِيمَنْ اسْـتَأْجَرَ عَبْدَاً شَهْراً وَقَبَضَهُ ثُمَّ جَاءَ فِي آخِرِ الشَّـهْرِ وَالعَبْدُ مَرِيـضٌ أَوْ آبِقٍ وَهُوَ يَقُولُ مَرِضَ حِينَ أَخَذْتُـهُ، أَوْ أَبَقَ حِينَ أَخَذْتُهُ، وَقَالَ رَبُّ العَبْدِ: ما كَانَ ذَلِكَ إِلَّا السَّـاعَةَ؛ فَإِنَّ القَوْلَ قَولُ المُسْتَأْجِرِ.

وَلَوْ كَانَ صحيحاً فِي الحال غير آبق لكان القول قول المؤاجر.

والفـرق بينهما أَنَّهما اختلفا فِي أمرٍ يحتمل أَنْ يَكُونَ وَلَا يكون عَلَى السـواء لِأَنَّ التسـليم إِلَى المستأجر لَا يوجب تسليم المعقود عَلَيْهِ حَتَّى تدوم يده إِلَى آخَرَ

---

(١) فيكـون ضامنـاً وإنما يضمـن الدقيق، والخيار إِلَى المسـتأجر فِي تضمينـه معمولًا وغير معمول كما مر فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى، وَلَا يضمن الملح والحطب لأنه مأمور بإتلافهما فَلَا يكون فِي وسعه السلامة فيهما كما فِي مسألة القصار. حاشية أ

(٢) والخبز قبل ان يخرج من التنور غير نتفع بِهِ. حاشية أ

المـدة، فَإِذَا اختلفا فِـي ذَلِكَ وجب أن يرجح [ذَلِـكَ][1] المتعارض بالحال، لِأَنَّ الحال يدل عَلَى الدوام، كَذَلِكَ ظاهراً فيصلح للترجيح.

نظيـره ما قَالَ فِي كِتَاب الإجارات فِي المسـتأجر للرحى إِذَا ادَّعَى بعد المدة أنَّ المـاء كَانَ منقطعـاً، أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي الحال منقطعاً فـإِنَّ القولَ قولَهُ، وإِنْ كَانَ فِي الحـال دائما جارياً فإِنَّ القولَ قولُ رَبِّ الرحى، لمـا ذكرنا أنَّ الحال إن لَمْ يصلح حجةً فيصلح مرجحاً لِأَنَّ الترجيح أَبَدَاً إِنَّمَا يقع بِمَا لَا يصلح حجةً فَكَذَلِكَ ههنا.

٩٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ بَيْتَاً شَهْراً بِدِرْهَمٍ، قَالَ: كُلَّمَا سَـكَنَ يَوْمَاً أُخِذَ مِنْ الأَجْرِ بِحِسَابِ ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ الكِرَاءُ إِلَى مَكَّةَ، وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الأَرَاضِي.

كَانَ أَبُـو حَنِيفَةَ ﷺ يقول: أولًا فِي الكراء إِلَى مَكَّةَ وكل من يحمل حُمولة[2] عَلَى ظهره أَوْ دابته أَنَّهُ لَا يستحق الأجر حَتَّى يسلمه مفروغاً، ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: كلما[3] سار مرحلة استوجب الأجر فِي العين، فأمَّا الْخَيَّاط وكل صانع لعمله أثر تحبس بِهِ فَإِنَّهُ لَا يسـتوجب الأجر حَتَّى يسلمه مفروغاً، وَأَمَّا سكنى البيت فيحتمل أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ.

وجـه قولَـهُ الْأَوَّل: أَنَّ الثَّمَن إِنَّمَا يسـتحق تسـليمه إِذَا كَانَ المبيع عَلَى هيئة

---

(١) فِي ب

(٢) الحمولة بالضم الأحمال. حاشية أ

(٣) فِي ب: كلما الحمل

التسليم، والمنافع لَا تكون عَلَى هيئة التسليم والتعين [لهذا][١] أَبَدَاً، فأخَّرنا قبض البدل الى استيفائها حَتَّى تصير عيناً تُعَيَّن فِي التقدير.

ووجه قولَهُ الآخر: أنَّ تسليم العمل الَّذِي لَا أثر لَهُ جملةً لَا يتحقق، لِأَنَّهُ يتلاشى وَهُوَ يصير مسلَماً شيئاً فَشَيْئاً عَلَى حسب وجوده، فَكَانَ القياس أن يسلم الأجر كَذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ لَا سبيل إِلَى معرفته، فوجب أن يعتبر فِيهِ ما يمكن معرفته وَمَا يتأتَّى تسليمه، فوجب اعتبار المراحل فِي الكراء إِلَى مَكَّةَ وغيرهما، واعتبار الأيام فِي إجارة الدور والبيوت، ولأنَّ المعاوضة مبناها عَلَى المساواة وَقَدْ صَارَ أحد العوضين مسلماً منتفعاً بِهِ فيجب أَنْ يَكُونَ الأجر كَذَلِكَ أَيْضاً إِلَّا فِي موضع الضرورة، وَلَهُذا قلنا فِي الْخَيَّاط إِذَا عمل فِي منزل المستأجر أَنَّهُ كلما عمل شَيْئاً استحق قسطه من الأجر لما قلنا أَنَّهُ منتفع بِهِ.

٩٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الأَجِيرِ الْمُشْتَرَك؛ قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ مَا جَنَتْ يَدُهُ فِيمَا خَالَفَ، وَفِيمَا لَمْ يُخَالِفْ: فأَمَّا إِذَا هَلَكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبَى حَنِيفَةَ ﵀، وَهُوَ ضَامِنٌ فِي قول أَبَى يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ﵄. أَمَّا إِذَا جَنَتْ يَدُهُ فِيمَا خَالَفَ الشَّرْطَ فَوَاضِحٌ، وَأَمَّا ما لَمْ يخالف فَإِنَّهُ عَلَى الاخْتِلَافِ الَّذِي قُلْنَاهُ. وَأَمَّا العَيْنُ إِذَا هَلَكَتْ فَلَا ضَمَانَ [عَلَيْهِ][٢] فِيهَا عِنْدَ أَبَى حَنِيفَةَ ﵀، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: يَضْمَنُ.

وجه قولَهُما ما روي عن عمرَ وعليٍّ رضى الله عنهما أَنهما حكما بِذَلِكَ،

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

ولأنَّ العيـن فِـي هَذَا تابعةٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يحبس بيعاً لَـهُ، والعمل مضمونٌ، فَكَذَلِكَ مـا يتبعه، ولأنَّ الحفظ مضمونٌ عَلَيْهِ معقودٌ عَلَيْـهِ، فَإِذَا هلكت العين بجهةٍ يمكن الاحتراز عَنْهَا كَانَ هَذَا عيباً حادثاً من قِبَل عملٍ مستحَقٍّ عَلَيْهِ بالعقد، فَصَارَ مثل ما يدخل من العيب بسبب قصارة الثوب.

ودلالـة ما قلنا إنَّ العمل لَا يتأتى إِلَّا بالحفظ، فجعل مقصوداً، وَلَهُذا قالا إِذَا هَلَكَ [بسبب](١) لَا يمكن الاحتراز عَنْهُ لَا يَضمن، لِأَنَّ الحفظ عَنْهُ غير واجبٍ.

ولأَبِـي حَنِيفَةَ ﵀ أنَّ قبض العيـن حصل للمالك بإذنه، والضمان إِنَّمَا يجب بالتعدي أَوْ بالعقد وَلَمْ يوجد واحدٌ مِنْهُمَا فِي حق العين.

فأمَّـا قولَهُما إنَّ العين تابعةٌ للعمل فَهُوَ كَذَلِكَ، لكنَّ العمل مضمونٌ بالتعدي والعين فارقة، وَأَمَّا الحفظ فغير معقودٍ عَلَيْهِ لَكِنَّهُ وسيلةٌ إِلَيْهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يقابل بالأجر بحالٍ فَلَا يجب الضمان [عَلَيْهِ](٢) من هَذَا الوجه.

٩٨٢- وَقَالَ فِيمَنْ اسْـتَأْجَرَ دابةً إِلَى بغداد وَلَمْ يُسَـمِّ شَـيْئاً ثُمَّ اخْتَصَمَا، فَـإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَذْهَـبَ أَبْطِلَتِ الإِجَارَةَ لِأَنَّهُ يَحْتَمِـلُ الحمْل وَالرُّكُوبَ وَهُمَا مُخْتَلِفَانِ، وَالنَّـاسُ يَتَفَاوتُونَ فِي الرُّكُوبِ أَيْضاً، فَإِنْ لَمْ يَنْقُضْ حَتَّى حَمَلَ عَلَيْهَا إِلَى بَغْدَادَ أَوْ رَكِبهَا وَجَبَ المُسَمَّى.

٩٨٣- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ إِذَا مَضَتْ الإِجَارَةُ وَقَدْ جَعَلَ فِي الْأَرْضِ رَطْبة قُلعت الرطبة لِأَنَّهُ لَيْسَ لانْتِهائِهَا غَايَةٌ مَعْلُومَةٌ.

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

فلــو لَمْ تُقلع لبطل حق رَبّ الأرض بخلاف مــا إِذَا انتهت مدة الإجارة وَفِي الأرض زرع لَــمْ يدرِك فَإِنَّهُ يترَك لِأَنَّ لَهُ غايةً، فَكَانَ فِي التأخير مراعاةَ الحقَّين، إِلَّا أَنَّهُ يترك بأجر حَتَّى يكون مراعاة للحقَّين.

٩٨٤- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيمَنْ اسْــتَأْجَرَ بَيْتَاً وَلَمْ يسم شَيْئاً، قَالَ: جَائِزٌ.

إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أن يُقعد فِيهِ قصَّاراً وَلَا حدَّاداً وَلَا طحَّاناً، وَإِنَّمَا صحَّ العقد لِأَنَّ البيــت إِنَّمَا وضع للســكنى، والنَّاس لَا يتفاوتون فِي الســكنى فَصَارَ المعقود عَلَيْهِ معلوماً من قبل العادة، فاستغنى عن بيانه صريحاً بخلاف الدَّابَّة لِما قلنا إنَّ الانتفاع بالدابة فِي العادة مختلفٌ متفاوتٌ.

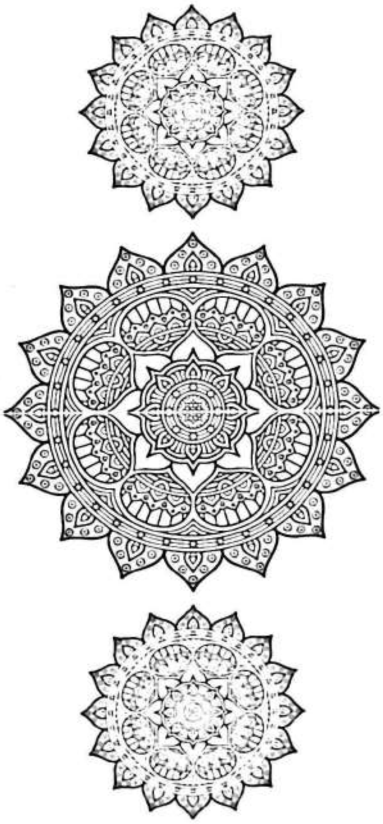
وَإِذا صــحَّ العقد فِي مســألتنا باعتبار العادة صَارَ كالملفــوظ، وَلَوْ نص عَلَى الســكنى لَمْ يَمْلِك أن يجعلَ(١) فِيهِ قصَّاراً وَلَا حدَّاداً وَلَا طحَّاناً، لِأَنَّ ذَلِكَ يفســد البناء ويُوهنه وكان تعدياً وإتلافاً وجنايةً.

۞ ۞ ۞

(١) فِي ب: يقعد

٢٨- كِتَابُ الْمُكَاتَبَة(١)

(١) فِي ب: باب الْمُكَاتَب.



[بَابٌ فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ]

٩٨٥- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ كَاتَبَ عَبْدَاً لَهُ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ عَبْدَاً بِغَيْرِ عِينِهِ. قَالَ: كِتَابَتُهُ[١] فَاسِدَةٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﵄. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﵀ يَقْسِمُ المِائَةَ الدِّينَارٍ عَلَى قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ، وَعَلَى قِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ فَتَبْطُلُ حِصَّةِ العَبْدِ، وَيَكُونُ مُكَاتَباً بِمَا بَقِي.

وجه قولَهُم جَمِيْعَاً فِي فساد بيع الوصف أَنَّهُ جَعَلَ مقابَلًا ببعض الدنانير وَهُوَ بغَيْرِ عينه، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ السلَم فِي الحيوان وَهُوَ مجهولٌ، وَهُوَ دينٌ بدينٍ أَيْضَاً فيبطل.

وجه قول أَبِي يُوسُفَ ﵀: أَنَّ هَذَا جهالةُ وصف فَلَا يبطل الكتابة، كما لو كاتب عبده عَلَى عبد موصوف، وَإِنَّمَا قلناه لِأَنَّ العَبْد صَارَ مستثنى من بدل الكتابة، والعبد مجهول الوصف، وهذه جهالةٌ لَا تؤثر فِي الكتابة لو سمَّى بدلًا فِي العقد، فَكَذَلِكَ إِذَا جَعَلَ مستثنىً بِهِ من البدل، لِأَنَّ المعنى واحد فِي الحالين وَهُوَ جهالته.

ووجه قولَهُما: أَنَّ بدل الكتابة مجهول القدر فَلَا يصح، كما لو كاتب عَبْدَاً عَلَى قيمته.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ العَبْد لَا يصح استثناؤه بوصفه، وَإِنَّمَا يصح بقيمته، والقيمةُ

---

(١) فِي ب: الكتابة

مجهولــة القدر فيوجب جهالة القدر فِي الباقي بخلاف ما لو جَعَلَ بدلًا، لِأَنَّ ذَلِكَ جهالة الوصف أَنَّهُ جيدٌ أَوْ رديءٌ أَوْ وسطٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يصح تسليمه[1]؟ ثُمَّ القيمة بناءً عَلَى ذَلِكَ.

❁ ❁ ❁

(١) لِأَنَّ التســمية قَدْ صحت لأن جهالة الوصف لَمْ تؤثر فِيهِ، فَلَمَّا صحَّ صحَّ تســليمه ثم وقع تقيمه بناء عَلَيْهِ كما فِي النكاح إِذَا تزوج عَلَى عبد فَإِنَّهُ ينصرف إِلَى الوسط، وَلَوْ سلم يصح، وَلَوْ أتى بقيمته يجبر عَلَى القبول لما قلنا. حاشية أ

[بَابُ مَا يَجُوزُ لِلمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَ وَمَا لَا يَجُوزُ]

٩٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ يَشْتَرِطُ عَلَيْهِ سَيِّدِهِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنْ الْكُوفَةِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدِهِ. قَالَ: هَذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ وَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ، وَالمُكَاتَبَةُ جَائِزَةٌ.

أَمَّا بطلان الشـرط فلأَنَّه خـلافُ موجب العقد، لِأَنَّ مُوجَبه اسـتحقاق اليد، وَهَذَا الشرط يخالفه فبطل.

أَمَّا صحة العقد فلأَنَّ الكتابة فِي جانب العَبْد تشـبه العتق، لِأَنَّهُ إسـقاط وفك الحَجْر وإطلاق اليد بِمَنْزِلَةِ العتق، فكل شـرطٍ فِي جانبه صَارَ هدراً بِمَنْزِلَةِ الداخل عَلَى العتق، وَهَذَا الشرط يختص بجانبه فَصَارَ هدراً لَا أثر لَهُ.

٩٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي نَصْرَانِيٍّ كَاتَبَ عَبْدَاً لَهُ نَصْرَانِيـاً عَلَى أَرْطَالٍ مِنْ خَمْرٍ جازَتْ. فَإِنْ أَسْـلَمَ أَحَدُهُمَـا بَطلَتْ الخَمّرُ وَكَانَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الخَمّرِ، وَالمُكَاتَبَةُ بِهَا صَحِيحَةٌ، فَإِذَا أَدَّاهَا صَحَّ وَعَتَقَ.

أَمَّا صحة الكتابة فلأَنَّ الخمر مالٌ فِي حقهم، وَإِنَّمَا بطلت الخمر بِالْإِسْـلَامِ، لِأَنَّ الْإِسْلَام ورد والحرام غير مقبوضٍ فأوجب رده كما فِي البيع[1]، لِأَنَّ الْإِسْلَام

---

(١) إِلَّا أنَّ فِـي البيـع يجب نَقَضَ أصل البيع وهنا لَا ينقض عقد الكتابة، وَلَا يقال أنَّ الكتابة =

يمنـع تمليك الخمر وتملكها، وَلَـوْ بقيت لوقع ملكها عيناً بعد الْإِسْـلَام ووجب المصير إِلَى قيمتها، لِأَنَّهُ لما تعذر تسـليمها وجب الرجوع إِلَى بدلها بحكم العقد، ومثلها غير متقوم وَهُوَ استحقاق اليد فوجب المصير إِلَى قيمة المسمى، لِأَنَّ ذَلِكَ يصلح بدلًا فِي الكتابة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ من كاتب عبده عَلَى عبد ثُمَّ جـاء بالقيمة وَهُوَ دين أُجبر الْمَوْلَى عَلَى القبول؟

فَلَمَّا تعذر تسـليم المسمى وقيمته تصلح بدلًا وَهُوَ مثله وجب المصير إليها، كما فِي النكاح وَفِي البيع وجب المصير إِلَى ما يقابله، لِأَنَّ قيمة المسـمّى هناك لَا يصلح بدلًا وعوضاً فبطل.

٩٨٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي الْمُكَاتَـبِ يأذن لَهُ مَـوْلَاهُ فِي التَّزَوجِ، فَتَأْتِيَهُ الْمَرْأَة فَتَزْعُـمُ أَنَّها حُرَّةٌ فَتَزَوجَهَا فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادَاً[١] ثُمَّ اسْـتَحقَهَا رَجُلٌ بِالبَيِّنَةِ أَنَّها لَهُ. قَـالَ: أَوْلَادُهَا عَبِيدٌ وَلَا يَأْخُذهُم بِالقِيمَةِ، وَكَذَلِكَ العَبْدُ.

كَذَلِكَ ذكر ههنا، وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄.

= عقد يفسـخ وَقَدْ تعذر أداء المشـروط فوجب أن يفسـخ لِأَنَّهَا لَا تفسخ حكماً لشيء آخر بدليل أنه لَا ينفسخ بموت الْمَوْلَى، والمكاتب وفسخ الكتابة هنا بسبب الْإِسْلَام حكم فَلَا يفسخ. حاشية أ

(١) فِي ب: وَلَدَاً

فأمَّا عند محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: فإنَّ أولاده مِنْهَا أحرار بالقيمة يؤديها إِلَيْهِ إِذَا عتق، ذكره فِي الأصل.

فوجه قولَهُ: أنَّ العَبْد شارك الحر فِي سبب هَذَا الحق فشاركه فِي الحكم.

أَلَا تَرَى أَنَّ العَبْد والحر لما اشتركا فِي ثبوت اليد عَلَى الأعيان اشتركا فِي استحقاق الأعيان، ولما اشتركا فِي مِلْكِ النكاح اشتركا فِي مِلْكِ الطلاق؟

بيانه: أنَّ الحر إِنَّمَا استحق عتق الأولاد لِأَنَّهُ رغب فِي حريتهم بسببٍ صحيحٍ، فَإِذَا بطل ذَلِكَ السبب وجب توفير حقه بعتقهم، فَكَذَلِكَ العَبْد.

ووجه قولَهُما: أنَّ هَذَا ولدٌ وُلِدَ بين رقيقين، فيكون رقيقاً، كما لو كَانَ عالماً بحالها.

وفقهه: أنَّ القياس تعدية حكم الشرع بِعَيْنِهِ، وَلَا صحة لَهَا ههنا، لِأَنَّ من قضية الشرع فِي باب الغرور أَنَّهُ جاء لمراعاة حق المغرور مع مراعاة حق المستحق، فوجب أن يحتذى مثاله ههنا.

فإن تعذر لَمْ يَجُزْ إيجاب حكم يخالفه، وحكم الشرع فِي الأصل أَنَّهُ نظرَ للمغرور بإبقاء مائه عَلَى الحرية بترجح مائه عَلَى ماء الْمَرْأَة، ودفع ضرر الرق عَنْهُ بعوض يعدله نظراً [للأب][1]، وَهُوَ القيمة عَلَى المغرور يؤديها يوم الخصومة.

وهنا لو وجب العتق لوجب إثباته ابتداءً لِأَنَّهُ لَا تعارض ههنا بين المائين ليجب الترجيح، وَلَيْسَ إِذَا وجب الترجيح بين المتعارضين بمعنىً ما يجوز أن

(١) فِي أ: لِلْآخَرِ

يثبـت بِـهِ ابتداؤه لِأَنَّ دليل الترجيـح لَا يصلح علة أَبَدَاً، فيصير هَـذَا تغييراً للدليل والحكم جَمِيْعَاً.

ولأنَّ الحر اسـتوجب دَفَعَ الضرر لِأَنَّهُ إِذَا لَـمْ يعتق ولده لحقه ضرر وَهُوَ أن يرق ماؤه.

وههنـا لو لَـمْ يعتق لحرم بقيمـةٍ زائدة وَلَيْـسَ دَفَعَ الضرر بدلالـة عَلَى دَفَعَ الحرمـان، وَلِأَنَّـهُ ما وجب النظر إِلَّا مقابَـلَا بِمَا يماثله وَهُوَ القيمـة عَلَى المغرور مؤدياً فِي الحال.

وههنـا لو وجبت القيمة لتأخرت إِلَى عتقه، لِأَنَّهُ ضمـانٌ لَا يقابله مالٌ يلزمُه باعتبار قولَهُ، فَصَارَ نظير ضمان الْكَفَالَة فينقلب ضرراً محضاً من جانب المستحق وَذَلِكَ باطلٌ.

٩٨٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مَرِيضٍ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفي دِرْهَمٍ إِلَى سَـنَّةٍ، وَقِيمتُهُ أَلْـفُ دِرْهَمٍ وَلَا مَالَ لَهُ غَيرَهُ، ثُمَّ يموتُ فِي مَرَضِـهِ، وَأَبَى الوَرَثَةُ أَنْ يُجِيزُوا. فَإِنَّـهُ يُقَالُ لِلمُكَاتَبِ: أَدِّ ثُلُثَي الأَلْفَينِ حَالَّةً، وَالثُّلُـثَ عَليكَ إِلَى ذَلِـكَ الأَجَلِ، فَإِذَا فَعَلَتْ ذَلِكَ عَتَقَـتَ وَإِلَّا رَددنَاكَ فِي الرِّقِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يُقال لَهُ عَجِّلْ ثُلُثي القِيمَـةِ [وَهُوَ][1] ثُلُثي الأَلْفِ، وَالبَاقِي عَليـكَ إِلىَ أَجَلِهِ، وَإِلَّا رَدَدنَاكَ فِي الـرِّقِ. وَلَوْ كَاتَبَـهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ وَقِيمتُهُ أَلْفَا دِرْهَمٍ إِلَى سَـنَةٍ وَالوَرَثَةُ لَم

---

(١) من ج

يُجِيزُوا، قِيلَ لَهُ عَجِّلْ ثُلُثِي قِيمَتَكَ السَّاعَةَ وَأَنْتَ حُرٌّ وَإِلَّا رَدَدنَاكَ فِي الرقِّ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيْعَاً.

وأصله فِي كِتَاب الشفعة: مريضٌ بَاعَ دَاراً قيمتها ألف دِرْهَم بثلاثة آلاف دِرْهَم إِلَى سنةٍ ثُمَّ مَاتَ وَلَا مال لَهُ غيرها، فَأَبَى الورثة أن يجيزوا، فَإِنَّهُ يقال لِلْمُشْتَرِي: إمَّا أن تعجل ثلثي جميع الثَّمَن، والثلث عليك إِلَى أجله، وإلا فانتقض البيع، وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يقال لَهُ إمَّا أن تُعجل ثلثي القيمة، والباقي عَلَيْهِ إِلَى أجله، وَإِنَ شئت فانقضِ البيع.

وحاصله: أنَّ المحاباة بالأجل يُعتبر فِي جميع الثَّمَن وصيةً من الثلث عندهما، وعنده الأجل فِيمَا زَادَ عَلَى القيمة، فيصح من رأس الْمَال ويُعتبر فِي قدر القيمة من الثلث.

ووجه قول محمَّد: أنَّ ما زَادَ عَلَى القيمة مالٌ يَمْلِك المريض تركه فيملك تأجيله، كما قلنا فِي بدل الخلع إِذَا أخره الزَّوْج فِي مرض موته اعتُبر من كل الْمَال لِأَنَّهُ لو تركه صحَّ، فصح تأجيله، فَكَذَلِكَ ههنا لو ترك الزيادة عَلَى قيمته صحَّ فوجب أن يصح الأجلُ أَيْضاً من رأس الْمَال، وَهَذَا لِأَنَّ غاية معنى الأجل أَنْ يَكُونَ ملحقاً بالإبطال، فَإِذَا ملك الترك كَانَ ملكُ التأجيل أولى.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله: أنَّ الثَّمَن كله ضمان الْمَال فوجب أَنْ يَكُونَ تأجيله معتبراً من الثلث كمقدار القيمة، والدليل عَلَيْهِ أَنَّهُ مقابَلٌ بِهِ بحكم الشرط[1]، وأنَّ الشفيع يأخذ بجميع الثَّمَن.

---

(١) وَهُوَ شرط المتعاقدين. حاشية أ

فأمَّا قول محمَّد ﷺ أنَّ الزيادة عَلَى قدر القيمة لَا يقابلها عوض فِي التحقيق فَهُـوَ عَلَى ما قَالَ، لَكِنَّـهُ مُقَابَلٌ بالمال وَهُوَ كله ثمنٌ وَلَيْسَ بصلة، حَتَّى وجب عَلَى الشفيع كلُّه وصار نصاب [الزَّكَاة][1] كلّه، ولما كَانَ كَذَلِكَ وجب أن يجعل عوضاً فِي حال وصله عملًا بالشبهين وَلَا سبيل إِلَى أن يُجعل عوضاً فِي الابتداء، وجعله فِي البقاء لِأَنَّهُ لَا نظير لَهُ فَلَا سبيل إِلَيْهِ، ويمكن أن يجعل صلة فِي الابتداء، وعوضاً فِـي البقاء لِأَنَّهُ أمـرٌ ممكنٌ وَلَهُ نظير مثـل دين الْكَفَالَة، وضمـان العتق، والتأجيلُ تصرف يلاقي البقاء عندنا عَلَى ما مرّ ذكره.

فَلِذَلِـكَ اعتبر كله عوضـاً فِي حقه بخلاف بدل الخلع لِأَنَّهُ لَا يشـبه الأثمان بوجه من الوجوه، فاعتُبر صلة ابتداءً وانتهاءً.

فأمَّا إِذَا كاتبه عَلَى أَلْفِ دِرْهَم إِلَى سنةٍ وقيمته ألفان، فَقَدْ جاء بالأجل والمال جَمِيْعَـاً فوجب اعتبار الكل من ثلث ماله، فَلِذَلِكَ قيـل لَهُ عجل ثلثي قيمتك، فَإِذَا فعلت عتقت وَلَا شيء عَلَيْهِ غيره، لِأَنَّهُ أَدَّى المشروط وزيادة.

٩٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الابْنُ الصَّغِير فيُكَاتِبُ عَبْدَاً مِنْ عَبِيدِهِ؛ قَالَ: جَائِزٌ. وَإِنَ بَاعَهُ نَفْسَـهُ أَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَـالٍ أَوْ زَوَّجَ عَبْـدَهُ لَمْ يَجُـزْ، وَإِنَ زَوَّجَ أَمَتَـهُ جَازَ، وَكَذَلِكَ الـوَصِيُّ هُوَ بِهَذِهِ المَنْزِلَةِ.

أَمَّا الكتابـة فمن باب النظر، لِأَنَّ الرقبة لَا تزول عن ملكه إِلَّا أن يُؤديَ الْمَال

(١) فِي ب

أولًا فيكون عيناً متقابلًا بعين، وَفِي الحالِ تسـمية بتسـميةٍ، فوجب القول بصحته، وَكَذَلِـكَ الوصـيُّ لِأَنَّ الكتابة لما كَانَـتْ عَلَى ما وصفنا كَانَتْ من باب اكتسـاب [الْمَال][(١)]، والوصيُّ فِي اكتساب المنافع للصغير مثل الأب.

وَكَذَلِكَ المفاوِض لِأَنَّ الْمُفَاوَضَة عامةٌ تتناول المكاسب.

وَكَذَلِـكَ الْمُكَاتَب يُكاتب لِأَنَّهُ مالك فيملك أن يُنزل غيره منزلته وَهُوَ يَمْلِك الاكتساب.

فأمَّـا العَبْد المـأذون فَلَا يَمْلِك الكتابـة لِأَنَّهُ فَوْق ما ملكـه[(٢)]، ولأنَّ الحجر انطلق عَنْهُ فِي التجارات، وَهَذَا لَيْسَ بمعاوضة مال بِمَالٍ، فَلَمْ يكن تجارة.

وَكَذَلِكَ الْمُضَارِب وشريكُ العِنان لَا يملكان ذَلِكَ لما قلنا.

وَأَمَّـا العتق عَلَى مـال فَلَا يملكه أحد من هؤلاء، لِأَنَّـهُ ضررٌ محضٌ من قبل أنَّ الرقبـة تزول فِي الحال زوالًا لَا مردّ لَـهُ، ويجب عوضه فِي ذمة مفلس لَا قدرة لَهُ، وَلَيْسَ بين هَذَا الرق[(٣)] وبين هَذَا الاسـتحقاق معادلـةٌ فَصَارَ كأنَّه بِغَيْرِ عوض، وَكَذَلِكَ بيعه لِنَفْسِهِ إعتاقٌ أَيْضاً.

وَكَذَلِـكَ تزويج العَبْد لما روي عن ابن عمر ﵄ أَنَّهُ قَالَ: (لَا يزوجُ العبدَ إِلَّا مَنْ إِذَا أعتقَهُ جازَ، أَوْ وَهَبَهُ جازَ).

ولأنَّ تزويج العَبْد تقيدٌ لِأَنَّهُ إغلاق لرقبته[(٤)] بالنفقة والمهر مِنْ غَيْرِ أمرٍ واقعٍ

(١) فِي ب

(٢) لأن المالك يَمْلِك حجره مِنْ غَيْرِ رضاه، وَلَا يَمْلِك ذَلِكَ فِي الكتابة إِلَّا برضى الْمُكَاتَب

(٣) فِي ب: الزوال

(٤) فِي ب: لزمته

يصلح عوضاً، لِأَنَّ ملك النكاح يحصل للعبد وَلَيْسَ بمالٍ مع ذَلِكَ، وصيانةُ الْمَال بالتحصين والإعفافِ لَيْسَ بأمرٍ واقعٍ فَلَمْ يدخل تحت ولاية الأولياء.

وَأَمَّا تزويج الأمة فنفعٌ لِأَنَّهُ يُوجب استحقاق المهر والنفقة مِنْ غَيْرِ استحقاق مـالٍ عَلَيْـهِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الكتابة عند أَبِي حَنِيفَـةَ ومحمَّد رحمهما الله، وبمنزلة الإجارة عند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله.

وبأيهما اعتُبر وجب القول بصحته من هؤلاء.

فأمَّا العَبْد المأذون والمضارب وشـريك العِنَـان فإنَّهم لَا يملكون ذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يملكون، اعتبره أَبُو يُوسُفَ بالإجارة، فَقَالَ: أَنَّهُ تمليك منفعة مالٍ بمالٍ فَصَارَ كالإجارة.

وأَبُـو حَنِيفَةَ ومحمَّد قالا: أَنَّهُ مقابلةُ مالٍ بِغَيْرِ مالٍ فَصَارَ شـبيهاً بالكتابة، وَلَا يَمْلِك هؤلاء الكتابةَ فَكَذَلِكَ هَذَا.

۞ ۞ ۞

[بَابٌ فِي الحُرِّ يُكَاتِبُ عَنْ العَبْدِ وَالعَبْدُ يُكَاتِبُ عَنْ نَفْسِهِ]

٩٩١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الحُرِّ يُكاتِبُ(١) عَلَى عَبْـدٍ لِرَجُلٍ. قَـالَ: إِنْ أَدَّى الحُرُّ عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنَ بَلَغَ العَبْدُ فَقَبِلَ المُكَاتَبَةَ فَهُوَ الْمُكَاتَب، أَمَّا إِذَا قَبِلَهُ بَعْدَ مَا بَلَغَهُ فَهُوَ عَقْدٌ جَرَى بَينَ اثْنَينِ، فَصَحَّتْ إِجَازَةُ الغَائِبِ مِنْهُ، وَصَارَ مَوْقُوفاً عَلَى ذَلِكَ فَيصِيرُ كَأَنَّهُ بَاشَرَهُ، فَأَمَّا إِذَا أَدَّى الحَاضِرُ عَتَقَ.

والقياس: أن لَا يعتق، لِأَنَّ العقد موقوف، والموقوف لَا حكم لَهُ.

ووجه الاستحسان: أَنَّ وضع المسألة أَنَّهُ كاتب عَلَى عبد لَهُ.

ومعنـاه أَنْ يَقُولَ لَهُ: (كاتب عبـدك فُلَاناً عَلَى كذا عَلَى أني إن أديته فَهُوَ حُرٌّ) ففعـل فقبله الرَّجُل فَصَارَ فِيهِ تعليق العتق بأدائـه، وَذَلِكَ يصح مِنْ غَيْرِ قبول العَبْد وَلَا إجازته.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لو كاتب عبده كتابـةً صحيحةً، ثُمَّ قَالَ لرجل: (إن أديت مكاتبته فَهُوَ حُرٌّ) إِنَّ ذَلِكَ جائزٌ.

فَكَذَلِكَ ههنا، والله أعلم.

---

(١) أي يعمل عقد الكتابة لعبد لرجل من مَوْلَاهُ مِنْ غَيْرِ رضى العَبْد. حاشية أ

٩٩٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، وَإِنَ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى عَبْدٍ لَهُ آخَرُ غَائِبٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَأَدَّى الشَّاهِدُ عَتَقَ الغَائِبِ، وَأَيُّهُمَا أَدَّى لَمْ يَرْجِع عَلَى صَاحِبِهِ بِشَيْءٍ، وَلَيْسَ لِلمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الغَائِبَ بِشَيْءٍ، فَإِنْ قَبِلَ الغَائِبُ أَوْ لَمْ يقبل فَهُوَ سواءٌ، وَالمُكَاتَبَةُ لَازِمةٌ لِلشَّاهِدِ.

والقياس فِي هَذِهِ المسألة أن تصح الكتابة فِي حق الحاضر بحصته، وتتوقفَ فِي حق الغائب بحصته عَلَى إجازته.

وَفِي الاستحسان لَا يتوقف، وجه القياس: أنَّ الحاضر لَهُ ولايةٌ عَلَى نفسه دون الغائب، فوجب أن ينفذ فِي موضع الولاية، ويتوقف فِي غَيْرِ موضع الولاية، كمن بَاعَ ماله ومال غيره بِغَيْرِ أمره، وكمن زوج أمته وأمة غيره، وكاتب عبده وعبد غيره [بِغَيْرِ أمره][1].

ووجه الاستحسان: أنَّ هَذَا العقد فِي حق الغائب عقدٌ ينفرد بِهِ الْمَوْلَى فوجب أن يصح بلا توقف، كما لو كاتب الحاضرَ بِأَلْفِ دِرْهَم ثُمَّ قَالَ لَهُ: (إِذَا أديتها ففلانٌ حر) أَنَّهُ يصح مِنْ غَيْرِ قبول الغائب.

بيانه: أنَّ الْمَوْلَى خاطب الحاضر قصداً وأخرج الغائب مخرج التبع لَهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَمْ يُضف العقد إليهما، بَلْ قَالَ: كاتبتك بِأَلْفِ دِرْهَم عَلَى نفسك عَلَى عَبْدِي فلان الغائب، وللمولى هَذِهِ الولاية، لِأَنَّ الشرعَ شَرَعَ المكاتبة تبعاً فِي حق الْوَلَد كما شرعها قصداً.

---

(١) فِي ب

والدليل عَلَيْهِ أَنَّهُ لَيسَ فِي التبعية أكثرُ من تعليق عتقه بأداء غيره، وَهَذَا سائغٌ جائزٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّ من قَالَ لعبده: (إن أديت إِليّ ألف دِرْهَم فأنت حر وفلان معك) أَوْ قَالَ لمكاتبه: (إن أديت ما عليك ففلانٌ حرٌ) أَنَّهُ يجوز.

فَلَمَّا أمكن أن يُجعل تبعاً امتثالًا بالمشروع استغنى عن شرط الرضا، لِأَنَّهُ يحصل لَهُ العتق مِنْ غَيْرِ مالٍ يلزمه، وَذَلِكَ مِمَّا ينفرد بِهِ الْمَوْلَى، فَلِذَلِكَ لَمْ يتوقف وَلَمْ يتغير بإجازته، وعتق بأداء الحاضر، وَلِذَلِكَ لَمْ يَرْجِع الحاضر عَلَيْهِ بِشَيْءٍ لِأَنَّ الْمَال كله عَلَى الحاضر.

وَذَلِكَ كالمكاتب لَهُ ولدٌ وُلد فِي كتابته أَنَّهُ إِذَا أَدَّى لَمْ يَرْجِع عَلَى ولده بِشَيْءٍ لما قلنا.

وَأَمَّا الغائبُ إِذَا أَدَّى فَإِنَّهُ لَا يُجبر الْمَوْلَى عَلَى القبول مِنْهُ فِي القياس لما قلنا[1] أَنَّهُ أَدَّى ما لَيْسَ عَلَيْهِ.

ووجه الاستحسان: أَنَّهُ ينتفع بِمَا أَدَّى لِأَنَّهُ يعتق، ومن انتفع بِمَا يؤدي أُجبر المؤدى إِلَيْهِ عَلَى القبول مِنْهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ معير الرهن إِذَا أَدَّى الدين إِلَى المرتهِن أُجبر المرتهن عَلَى القبول لما ذكرنا؟ وَإِذا صحَّ أداؤه لَمْ يَرْجِع عَلَى الحاضر بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ أَدَّى بِغَيْرِ أمره، وَلَا كَانَ مضطراً من جهته بَلْ طلب نفعاً مبتدأً، وَلَيْسَ لِلمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ الغائب بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ تبع فِي العقد، فَصَارَ كولد الْمُكَاتَب، وولد الْمُكَاتَب لَا يُؤخذ بِشَيْءٍ، فَكَذَلِكَ هَذَا.

---

(١) فِي ب: لما ذكرنا

ولمَّـا صحَّ العقـد عَلَى ما قلنا لَمْ يتغيـر بالإجازة، كمن كفل بديـنٍ بِغَيْرِ أَمَرَ الأصيل ثُمَّ أجازه الأصيل أنَّ إجازته باطلةٌ لما قلنا، كذا هَذَا.

[بَابُ العَبْدِ بَينَ رَجُلَينِ يُكَاتِبَانِهِ أَوْ يُكَاتَبُ أَحَدُهُمَا]

٩٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي عبدٍ بَينَ رَجُلَيْنِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَيَقْبِض فَكَاتَبَ وَقَبَضَ ثُمَّ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ وَالمَالُ فِي يَدِهِ الَّذِي قَبَضَ؛ قَالَ: هُوَ لَهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: هُوَ مكاتب كله بينهما نِصْفَيْنِ وَمَا قبض فَهُوَ بينهما نِصْفَيْنِ.

هَذَا الفصل تضمن وجوهاً:

أحدها: أنَّ عقد الكتابة يتجزأ عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وعندهما لَا يتجزأ، لِأَنَّ الكتابة موجبها فِي الحال كون الْمُكَاتَب أحق بِنَفْسِهِ ومكاسبه، وَذَلِكَ عبارة عن حرية اليد.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ صَارَ خصماً فِي حق نفسه، وينزل حيث يشاء وَلَمْ يثبت عَلَيْهِ؟

أَلَا تَرَى حَتَّى لَا يُضمن بالغصب؟ فصارت الكتابة نظير الإعتاق من هَذَا الوجه.

والثاني: أنَّ عقد الكتابة يحتمل الفسخ فَكَانَ للشريك حق النقض دفعاً للضرر، فَإِذَا رضي بِذَلِكَ بطل حقه، فَصَارَ الإذن عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله لإبطال حق النقض، وعندهما صَارَ توكيلًا بالكتابة مع ذَلِكَ لما قلنا من عدم التجزؤ عندهما.

والثالث: أنَّ المأذون فِي الكتابة إِذَا كَانَ مأذوناً بالقبض اختص بِمَا قبض،

وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِأَنَّ الإذن بالقبض إذن للمكاتب بالأداء، والإذن بالأداء تبرع عَلَى العَبْدِ[1]، وَهُوَ تبرع لما يحصل بِهِ المكاسب والمال وإبطال الحق عن منافعه.

وَلَهُذا قَالَ أصحابنا ﷺ: إنَّ ذَلِكَ من المريض يعتبر من رأس الْمَال، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ اختص بِهِ القابض لاختصاص المؤدى بِهِ.

فأمَّا عندهما: فإنَّ الكتابة لما تكاملت فِي الكل ولزمت صَارَ الكسب كله للمكاتب، وصار العاقد مأذوناً بالقبض[2]، لِأَنَّ تسمية بعض البدل[3] جعلت كتسمية كله.

وَلَوْ قَالَ لَهُ: (كاتبه كله بكذا واقبضه) صَارَ وكيلًا فِي النصف وصار المقبوض بينهما إن عجز أَوْ لَمْ يعجز فَكَذَلِكَ ههنا.

❁ ❁ ❁

(١) فَصَارَ كأنه قَالَ: كاتب نصيبك ونصيبي فيصير الكل مكاتباً بينهما لَا يعتق بأداء حصة أحدهما كما لو كاتباه مكاتبة وَاحِدَة، والمقبوض لَهُمَا، وَمَا بقي فِي يده فَهُوَ لَهُ وَلَا يكون لأحد عَلَى ذَلِكَ سبيل لأن كسب عبد مكاتب هَذَا اذَا أذن لَهُ فِي الكتابة وَلَمْ يأذن لَهُ بقبض المكاتبة، أما إذا أَذِنَ لَهُ بأن أدي عَلَى الْمُكَاتَب يعتق لأنه صَارَ وكيلًا بالقبض من جهته فيكون الأداء إِلَيْهِ كالأداء إِلَى الإذن فيعتق بخلاف ما تقدم فَإِنَّهُ لَا يعتق بأدائه إِلَيْهِ لأن الإذن بالكتابة لَمْ يَكُنْ إذناً فَلَا يصير وكيلًا عَنْهُ فَلَا يعتق. حاشية أ

(٢) فِي ب: بقبض البدل

(٣) فِي أ: تسمية بعض العَبْد

[مَسَائِلُ مِنْ كِتَابِ الْمُكَاتَبِ لَمْ تُشَاكِلْ مَا فِي الأَبْوَابِ]

٩٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ أُمَّ وَلَدِهِ، ثُمَّ يَمُوتُ الرَّجُلُ؛ قَالَ: هِيَ حُرَّةٌ، وَبَطَلَتْ الكِتَابَةُ.

أَمَّا العتق فلوجود شرطه شرعاً، وَهُوَ موت الْمَوْلَى.

أَمَّا بطلان الكتابة فلأنَّها لما عتقت من جهة الِاسْتِيلَاد وَلَمْ تسلم لَهَا رقبتها بعقد الكتابة، والمال مقابل بالرقبة عند الأداء، وكان كونه أحقَ بِنَفْسِهِ ومكاسبه واستحقاق يد الأحرار عَلَى النفس [عَلَى التعيين](١).

والمال مقصوداً فِي الحال وسيلةً فِي المآل، فَإِذَا لَمْ يسلم المقصود بجهة العقد بطل الْمَال.

وَهَـذَا الفصل دليلٌ قاطعٌ عَلَى ما قلنا بأنَّ الْمَال مقابَلٌ بالرقبة عند الأداء، إِلَّا أنَّ هَـذَا الحكم ثمرةُ العقد فِي الابتداء، وَهُوَ كمن أَعْتَقَ مكاتبه أَنَّهُ يتضمن البراءة عن بدل الكتابة لما قلنا.

٩٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أُمِّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ تُسْلِمُ؛ قَالَ: يَقْضِي عَلَيْهَا بِأَنْ تَسْعَى فِي قِيمَتِهَا.

---

(١) فِي ب

وَهَذَا عندنا، وعند زفر ﷺ تعتق فِي الحال، وَعَلَيْهَا السعاية فِي قيمتها، وَهِيَ حُرَّةٌ تسعى.

وجه قولَهُ: أنَّ الْإِسْلَام أوجب إزالة الرقبة عن ملكه فِي الحال مِنْ غَيْرِ تأخيرٍ، وَقَدْ قَامَ الإعتاقُ ههنا مقامه فوجب تعجيله أَيْضاً.

ولأصحابنا ﷺ: أنَّ الإزالة واجبةٌ بطريق النظر، والنظر ههنا فِي الكتابة فوجب تعيينها كالبيع فِي الَّذِي يحتمله.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الإعتاق فِي الحال يُبطل ملك الرقبة عَلَى الْمَوْلَى، والمال يجب فِي ذمة المفلس، وَذَلِكَ لَا يصلح وفاءً لَهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الإعتاق عَلَى مالٍ لَا يدخل فِي ولاية أحدٍ من الأولياء؟ وَإِنَّمَا يستحق بولاية الملك، وَلَوْ صلح نظر الرَّجُل فِي ولاية الأولياء.

وَأَمَّا الكتابة فمن باب النظر لِأَنَّهُ لَا يُوجب زوال الرقبة فِي الحال، وعند الزوال يتعين بذلُه، وَلِذَلِكَ دخلت الكتابة فِي ولاية الأب والوصي والمكاتب والمفاوِض، وَهُوَ يصلح توفيراً لحق الْإِسْلَام، لِأَنَّ حق الْإِسْلَام فِي حق الخدمة، والخدمة تنقطع بِهِ.

والدليل عَلَيْهِ أنَّ من أَسْلَمَ مملوكه، والمالك ذميٌّ فكاتبه لَمْ يجبره الإمام عَلَى نَقَضَ الكتابة والبيع، فَلَمَّا صلح توفيراً للحقين أشبه البيعَ فوجب تعيينه، وَلَيْسَ هَذَا كالمملوك الَّذِي يجوز بيعه أَنَّهُ يباع وَلَا يكاتب لِأَنَّ البيع أوفر للحقوق.

لِأَنَّ الْمُكَاتَب ربما يعجز فيحتاج إِلَى بيعه فصارت الكتابة بِمَنْزِلَةِ البدل عن

البيع، فَلَا يُصار إليها[1] ما دام البيعُ مقدوراً عَلَيْهِ، وَلَا يلزم عَلَى ما قلنا إنَّ الكتابة عَلَى القيمة باطلةٌ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تبطُل إِذَا لَمْ تقدَّر القيمة.

ومعنى المسألة ههنا: أنَّ القَاضِي يُقدِّر القيمة فينجمها عَلَيْهِ[2] وَذَلِكَ لَا ينافي الكتابة، وَإِنَّمَا وجب التقدير بالقيمة نظراً لِلمَوْلَى.

٩٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ كَاتَبَ عَبْدَاً عَلَى قِيمَتِهِ؛ قَالَ: لَا تَجُوزُ الْمُكَاتَبَةَ، لِأَنَّ القِيمَةَ مَجْهُولَةُ القَدْرِ وَالجِنْسِ، فَصَارَتْ الجَهَالَةُ فَاحِشَةٌ، وَلِأَنَّ القِيمَةَ مَوجِبُ العَقْدِ الفَاسِدِ فَيَكُونُ ذِكْرُهَا نَصَّاً عَلَى شَرْطِ الفَسَادِ، قَالَ: وَإِنَ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيرِهِ لَمْ تجزِ المُكَاتَبَةُ.

لِأَنَّ هَذَا عقدٌ لَا يفيد مقصوده من قِبَل أن الكتابة وضعت للاكتساب، وَهَذَا الشرط لَا يفيده، فإن أجازه صاحبه صحَّ ذَلِكَ فِي رواية، وَفِي رواية لَا يصح.

وجه الرواية الْأُولَى: أَنَّ العَبْد صَارَ كالْمُشْتَرِي شَيْئاً لِنَفْسِهِ بِمَالِ غيره، فَإِذَا أجازه بقي العقد واقعاً لِلْمُشْتَرِي وعَلَيْهِ قيمة مال الآخر، فَكَذَلِكَ ههنا.

ووجه الرواية الأُخْرَى: أَنَّا لو وقفنا[3] عَلَى إجازته وصح بِذَلِكَ الاعتبار صَارَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الضمان وَالْكَفَالَة، وَذَلِكَ باطلٌ.

---

(١) وَفِي الأصل (إِلَيْهِ) بعود الضمير عَلَى البدل، وجعلته (إليها) بعودها إِلَى الكتابة والمؤدى واحد.

(٢) فِي الأصل عَلَيْهَا

(٣) فِي أ: وقعْنا

وقالوا: الْأُولَى أصح.

وذكر الْقُدوري فِي التقريب عن ابن سماعة عن أَبِي يُوسُفَ عن أَبِي حَنِيفَة رحمه الله أَنَّهُ لَا يصح وَإِنَ أجازه صاحبه، وذكر عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ يجوز مِنْ غَيْرِ إجازة[١]، وذكر عن محمَّد أَنَّهُ يجوز عند الإجازة خاصة.

وقاسه أَبُو يُوسُفَ بالنكاح والإعتاق عَلَى مالٍ، والله أعلم.

٩٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ كَاتَبَ أَمَتَهُ عَلَى نَفْسِهَا وَعَلَى ابْنَيْنِ صَغِيرَيْنِ لَهَا؛ قَالَ: جَائِزٌ.

فإن كَبُرَ فأدَّى أحدهما أَوْ أدت الأم فأيهما أَدَّى لَمْ يَرْجِع عَلَى صاحبه بِشَيْءٍ.

[قَالَ][٢]: وَلَيْسَ جواز العقد فِيهَا عَلَى ابنيها بطريق الولاية، إِذَا لَا ولاية للأمّ الحرة عَلَى ولدها، فكيف يثبت للأمة، لكن طريق جوازها أنَّ ذَلِكَ جائز عَلَيْهَا قصداً وعَلَيْهِما تبعاً استحساناً لما ذكرنا فِي كتابة الحاضر عَلَى عبدٍ لِلمَوْلَى غائب، وَقَدْ قيل: إنَّ هَذَا جائزٌ قياساً واستحساناً، لِأَنَّ الْوَلَد تبعٌ للأم بخلاف الغائب، فإن أدت الأم ديناً عَلَيْهَا فَلَا يشكل أنَّها لَا ترجع.

وَإِنَ أَدَّى أحد الولدين لَمْ يَرْجِع أَيْضاً عَلَى صاحبه، لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى صاحبه مِنْهُ شيءٌ، وَلَا يَرْجِع عَلَى الأمِّ لِأَنَّ الْوَلَد تابع للأمِّ، وكسبه للأمِّ، ويجبر الْمَوْلَى

(١) لأن الكتابة لَيْسَتْ بمعاوضة محضة، بدليل أنه لو كاتب عَلَى فرس يصح وَلَوْ بَاعَ لَا يصح. حاشية أ

(٢) فِي ب

عَلَى القبول لما قلنا إنَّ المؤدِي ينتفع بِمَا يؤدي، فَلَا يَرْجِع عَلَى القابض استحساناً.

والقياس أَنْ يَرْجِعَ لِأَنَّهُ متبرعٌ، وتبرع الْمُكَاتَب باطلٌ.

وَفِي الاستحسان لَا يَرْجِع، لِأَنَّهُ لما كَانَ منتفعاً بِمَا يؤدي وَهُوَ أَنَّهُ يعتق صَارَ كأنّه أَدَّى ديناً عَلَيْهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَوْلَى يجبر عَلَى القبول مِنْهُ؟ فَلِذَلِكَ بطل الرجوع.

٩٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عَبْدَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ ثُمَّ يُصَالِحُهُ عَلَى أَنْ يُعجِّلَ لَهُ خَمْسَمائَةٍ، وَيَضَعُ عَنْهُ خمسمائَةٍ؛ قَالَ: جَائِزٌ.

والقياس أن يبطل لِأَنَّهُ اعتياض عن الأجل، فيبطل كالدَّين يجب عَلَى الحر إِلَى سنة فيصالحه صاحب الدَّين عَلَى أن يُعجّل لَهُ خمسمائة ويحط عَنْهُ خمسمائة[1] أَنَّهُ باطل فَكَذَلِكَ ههنا.

وجه الاستحسان وَهُوَ الفرق بين الحر والمكاتب، وَإِنَّمَا يقع من وجوه:

أحدها: أَنَّ الفساد إِنَّمَا وقع فِي الحر لمكان الربا، إذ الأجلُ لَيْسَ بِمَالٍ متقوم فَلَمْ يجز مقابلةُ الحطّ بِهِ، وَقَدْ وجدنا سبيلًا إِلَى الاحتراز عن الربا ههنا، وَهُوَ أن

(١) ويجعل كَانَ المديون اشْتَرَى أَلْفاً مؤجلة بِخَمْسِمِائَة معجلة، لِأَنَّ الْمَوْلَى كما يجري بينه وبين الأجانب الربا يجري بينه وبين الْمُكَاتَب، وَلَهُذا يجري ربا الفضل بينهما بالاتفاق. حاشية أ

يجعل ذَلِكَ فسخاً مِنْهُمَا للكتابة وتجديداً للعقد عَلَى الخمسمائة حالّا، لِأَنَّ بدل الكتابة فِي معنى المعقود عَلَيْهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ العجز عن أداءه يوجب حق الفسخ فيصح الفسخ باعتبار الإضافة إِلَيْهِ بخلاف ثمن البيع.

والثاني: أنَّ هَذَا ربًا خفيّ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ خفي عَلَى بعض الصحابة رضوان الله عَلَيْهِم[1]؟ وألا ترى أَنَّهُ يحتمل أن يحمل عَلَى البر والإحسان من كل جانب؟

والمكاتب عبد وَإِنَ أشبه الأحرار فِي حق استحقاق اليد والمكاسب، فلكونه عَبْدَاً أثبتنا حكمَ حقيقة الربا الَّذِي هُوَ ظاهر فِي الشريعة بينه وبين سيده، وَهُوَ بيع الدرهم بِدِرْهَمَيْنِ وَمَا أشبه ذَلِكَ، وَلَمْ يثبت من ذَلِكَ ما كَانَ خفياً بخلاف ربا النسيئة لِأَنَّهُ ثابتٌ بدلالة الْإِجْمَاع[2].

والثالث: أنَّ الأجل فِي حق الْمُكَاتَب أشبه بالأموال، لِأَنَّهُ لَا قدرة لَهُ إِلَّا بالأجل، ومال الكتابة عَلَيْهِ أشبه بالحقوق الَّتِي لَيْسَتْ بأموالٍ، بدلالة أَنَّهُ لَا يصلح نصاباً للزكاة، وَلَا يوصف باللزوم والوجوب حقيقة[3]، وَلَا تصح الْكَفَالَة بِهِ فاعتدلا فصح الاعتياض.

فأمَّا الدين الَّذِي عَلَى الحر فأقرب إِلَى الأموال المتقومة حَتَّى صلح نصاباً

(١) لأنه أجاز زيد بن ثابت رضي الله عنه وإبراهيم النخعي رحمه الله هَذَا العقد، وَلَمْ يجوز ابن عمر رضي الله عنهما وغيره رضوان الله عَلَيْهِم، فعلم أنه يخفى. حاشية أ

(٢) لِأَنَّ ربا الفضل ثابت بِالْإِجْمَاعِ، وربا النسيئة فرقه بقولَهُ لَا ربا إِلَّا فِي النسيئة، ومعنى آخر وَهُوَ أنَّ ربا الفضل يحتاج إِلَى الوصفين وهنا ثبت بوصف واحد. حاشية أ

(٣) حَتَّى لو امتنع الْمُكَاتَب عن الأداء سقط، وَلَوْ كَانَ واجباً لما ثبت لِأَنَّ ما يكون واجباً حقيقة لَا يسقط إِلَّا بالأداء أَوْ الإيباء. حاشية أ

للـزكاة، وصحت الْكَفَالَة بِهِ، والأجل فِي حقه أبعد عـن الأموال، لِأَنَّهُ قادرٌ بدونه فبطل الاعتياض.

وَلَهُذا قلنا: إنَّ من كاتب عبده بِأَلْفِ دِرْهَم إِلَى سنةٍ ثُمَّ صالحه عَلَى أن جعله ألفين عَلَى أن زَادَ فِي الأجل سنة، أَنَّهُ جائزٌ.

وَلَوْ كَانَ ثمن بيع إِلَى سنة فصالحه البَائِع أن جَعَلَ الثَّمَن ألفين عَلَى أن زَادَ فِي الأجل سنة أَنَّهُ باطلٌ، فَكَذَلِكَ ههنا.

٩٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ يَشْتَرِي ابْنَهُ ثُمَّ يَمُوتُ، وَيَتْرُكُ وَفَاءً، قَالَ: يَرِثُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَا مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً أَيْضاً.

أَمَّا إِذَا اشْتَرَاهُ فَقَدْ صَارَ مكاتباً لَهُ تبعاً بِمَنْزِلَةِ الحر يَشْتَرِي ولده أَنَّهُ يعتق عَلَيْهِ، وَهَذَا فصلٌ دار فِي الْكِتَاب ههنا.

وَفِـي الأصـل وَفِـي الزيـادات أنَّ الولدَ والوالـدَ يتكاتبون بـلا خلاف [فِي الكتـب][١]، وَإِذا دَخَلَ فِي عقـده عتق مَعَهُ فِي آخِرِ جزء مـن أجزاء حياته، وصح الإسناد فِي حقه فورثه كالولد الحر الأصلي.

وَكَذَلِـكَ إِنْ كَانَ مُكاتبـاً مَعَهُ لِأَنَّ إسـناد الحرية يثبت بحكـم العقد، والعقد قَـدْ جمعهما فيثبت فِي حـق الْوَلَد مثل ما يثبت فِي حق الْمُكَاتَـب، فَظَهَرَ أَنَّهُ مَاتَ [حراً][٢] عن ولد حر فورثه.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

١٠٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ بَـينَ اثْنَينِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ؛ أَنَّ الَّذِي دَبَّرَهُ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الَّذِي أَعْتَقَهُ قِيمَـةَ نَصِيبِهِ مُدَبَّراً، وَإِنْ شَـاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَـاءَ اسْتَسْـعَى. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ومحمَّـد: هُوَ مدبرٌ كُلُّهُ لِلَّذِي دَبَّرَهُ، وَهُوَ[١] ضَامِنٌ نِصْفَ قِيمَتِهِ لِصَاحِبِهِ مُوسَراً كَانَ أَوْ مُعْسِرَاً.

وَهَـذَا مبني عَلَى أنَّ التدبير متجزئ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، فاقتصر عَلَى نصيبه، فَصَارَ الإعتاق بعده صحيحاً وصار تعدياً عَلَى نصيب المدبر.

وعندهما لَا يتجزأ، فَصَارَ الكل مدبراً، وملك نصيب صاحبه فضمنه واستوى اليسار والإعسار لما ذكرنا فِي أول كِتَاب العتاق فِيمَا مَضَى.

ولمَّـا كَانَ التدبيـر متجزئاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ والإعتـاق كَذَلِكَ، بقي نصيب الآخر[٢] عَلَى ملكه بعد إعتاق الآخر، فإن شـاء أَعْتَقَ نصيبه، وَإِنْ شَاءَ ضمَّن، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى كالذي لَمْ يدبَر، إِلَّا أنَّا نعتبر فِي السعاية والتضمين قيمته مدبراً.

[مطلب: في تقدير النقصان بالتدبير]

واختلف مشـايخنا ﷺ فِي تقدير النقصان بالتدبير، فَقَالَ بعضهم: يَرْجِع فِي ذَلِـكَ إِلَى تقويم المقومين، وَقَـالَ بعضهم: يتبعض بالتدبير، ثلـث قيمته قنّاً، لِأَنَّ المنافع ثَلَاثَة أنواع:

---

(١) أي الَّذِي أعتقه.

(٢) فِي ب: المدبر

- البيع وَمَا أشبه ذَلِكَ.

- والاستخدام والوطء فِي الجواري وَمَا يشبه ذَلِكَ.

- والإعتاق والكتابة وَمَا أشبه ذَلِكَ، وَقَدْ بطل الثَّلَاث ههنا.

قَـالَ: فـإِنْ كَانَ أعتقه أحدهما ثُمَّ دبـره الآخر لَمْ يَكُنْ للـذي دبر أن يضمِّن المعتق، ولكنه إِنْ شَـاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لما قلنا إِنَّ الإعتاق عنده يتجزأ، فبقـي نصيب المدبر عَلَى ملكه، ووجب لَهُ حق التضمين إِنْ شَاءَ، أَوْ الإعتاق، أَوْ الاستسعاء.

لكن حق التضمين لَـمْ يجب إِلَّا بصفة التمليك والمعاوضة، فَلَمَّا دبر نصيبه فَقَدْ اختار الاستبقاء عَلَى ملكه من طريق العادة، ومن طريق الحكم.

أَمَّا العادة فَلَا يُشكل.

وَأَمَّـا الحكم فلأنَّـه بالتدبير أبطل صفـة المعاوضة، فلو ضمَّنـه لصار ذَلِكَ ضمان جناية خالصة فيصير تغييراً لما وجب لَهُ، وإبطالًا لحق الآخر، ولذا استوى علـم الَّذِي دبره بإعتاق الْأَوَّل وجهله بِذَلِـكَ، وللعادة والدلالة اختصاص بالعلم، لكن الامتناع بتبديل صفة الضمان لَا يوجب الفصل وَهُوَ النكتة فِي المسألة.

فأمَّا اختيار الاستبقاء فَلَا يتحقق مع الجهل بخلاف ما إِذَا سبق التدبير لِأَنَّهُ لَمْ يتكلم بِشَـيْءٍ بعد الإعتاق فبطل طريق الدلالة والعادة، وَكَذَلِكَ الإعتاق لَمْ يوجب الضمان إِلَّا بصفة العـدوان والْجِنَايَة لتقدم التدبير المانع من نقل الملك، فَلَمْ يكن فِـي اختيار التضمين تبديلُ حكم الشـرع وتغييرُ حق الآخر، بَلْ فِيـهِ تقديره، فلهذا افترقا فبقي لَهُ حق الإعتاق والاستسعاء، لِأَنَّ التدبير لَا يُنافي ولاية الإعتاق والكتابة.

وَأَمَّا عندهما: فَإِنَّهُ لما أَعْتَقَ أحدهما نصيبه أول مرةٍ صَارَ العَبْد حراً كلّه، ووجب عَلَيْهِ ضمان نصيب الآخر إنْ كَانَ مُوسِرًا، والسعاية إنْ كَانَ مُعْسِرًا.

والفرق بين ضمان الإعتاق وضمان التدبير عندهما ما سبق قبل هَذَا، ولما تم الإعتاق بطل ملك الآخر فيبطل تدبيره فِي الحر.

١٠٠١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ يُؤدِي إِلَى مَوْلَاهُ مِنْ الصَّدَقَاتِ ثُمَّ يعجز؛ قَالَ: هُوَ طَيِّبٌ يَأْكُلُهُ.

وهذه المسألة عَلَى وجهين.

إمَّا أن يعجز قَبْلَ أَنْ يؤدي، أَوْ يعجز بعد ما أَدَّى.

أَمَّا إِذَا عجز بعد ما أَدَّى -وَهُوَ المذكور فِي الْكِتَاب- فَإِنَّهُ طيب يأكله بِالْإِجْمَاع، لِأَنَّ سبب الملك قَدْ تبدل، وتبدل السبب يجري مجرى تبدل العين فِي الشريعة، وَقَدْ جاء النص عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ فِي حديث بُريدة ﵁ أَنَّهُ كَانَ يُتصدق عَلَيْهَا، وكانت تهدي إِلَى رسول الله ﷺ وكان يقبل مِنْهَا ويأكل ويقول: (هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ)[1].

والمعنى فِيهِ أنَّ الخبث كَانَ بسبب أَنَّهُ من أوساخ الناس، فَقَدْ بطل ذَلِكَ بتبدل السبب، وَهَذَا بخلاف الفقير إِذَا أباح للغني والهاشمي عين ما أَخَذَ من [مال][2] الزَّكَاة من الطعام أَنَّهُ لَا يحل [لِأَنَّ الملك][3] لَمْ يتبدل.

(١) رواه البخاري برقم/ ١٤٢٢/، ومسلم برقم/ ٢٥٣٥/، وغيرهما من أصحاب السنن.

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

نظيــره ما ذكر فِي المأذون فِي رَجُلٍ اشْــتَرَى طَعَامَاً مأكولًا بيعاً فَاسِــدَاً أَنَّهُ لَا يحل لَهُ تناوَلَهُ، فإن أباحه لغيره لَمْ يحل للمباح لَهُ أَيْضَاً، فإن بَاعَهُ مِنْهُ بيعاً صحيحاً أَوْ وهبه لَهُ حل لِلثَّانِي لما قلنا، فَكَذَلِكَ ههنا.

وَهَذَا قياس تلك المسألة وَإِنَ لَمْ تذكر فِي المبسوط.

فاذا عجز الْمُكَاتَب لَمْ يبطل الأداء الماضي فَلَمْ يبطل ما تعلق بِهِ.

فأمَّا إِذَا عجز الْمُكَاتَب وفى يد صدقات [أَوْ شــيء](1) من الزكوات أخذها، هل يحل لمَوْلَاهُ تناوَلَهَا وَهُوَ غنى أَوْ هاشمي؟ لَمْ يذكر هَذَا ههنا.

وذكر فِي كِتَاب الْمُكَاتَب فِي آخِرِ باب ضمان الْمُكَاتَب أَنَّهُ طيبٌ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيْعَاً لِلمَوْلَى.

فأمَّا عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ فَلَا يُشكل أَنَّهُ يحل، لِأَنَّ المذهب عنده أنَّ الْمُكَاتَب إِذَا عجز مَلَكَ الْمَوْلَى إكتسابه ملكاً مبتدأً، وَلِذَلِكَ أوجب نَقَضَ الإجارة فِي الْمُكَاتَبِ إِذَا آجــر أمته ظئــراً ثُمَّ عجز، فَكَذَلِكَ فِي مســألتنا توجب أن يحل كما فِي مســألة الأداء.

أَمَّــا أَبُو يُوسُــفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ جَعَــلَ العجز تأكيــداً لجانب حــق الْمَوْلَى وجعل الْمُكَاتَب بعد العجز كالعبد المأذون فِيمَا مَضَى.

فقياس هَــذَا القول أن يجعل الصدقة كأَنَّها وَقَعَتْ مــن الأصل لِلمَوْلَى، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ حرُمت عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ ههنا وجب أن لَا يحل لَهُ.

ومنهــم من قَــالَ: إِنَّها تحل لَهُ بِالْإِجْمَاعِ وعملًا بظاهــر ما أطلق فِي الْكِتَاب،

(1) فِي ب

لِأَنَّ الخطأ وقع فِيمَا لَا يمكن الاحتراز عَنْهُ وشـبه ذَلِكَ بابن السبيل إِذَا أَخَذَ الزَّكَاة ثُمَّ وصل إِلَى ماله، وَلَا نصَّ عَلَى التفصيل عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ وَهَذَا أصح.

فأمَّـا إِذَا أُعتق الْمُكَاتَب لَمْ يحرم عَلَيْهِ ما أَخَذَ مـن الزَّكَاة بِالْإِجْمَاعِ ذكره فِي كِتَاب الْمُكَاتَب، لِأَنَّ ما فِي يَدِهِ كَانَ لَا يغنيه حَتَّى حلت لَهُ الزَّكَاة، فَإِذَا عتق صَارَ ما فِي يَدِهِ الآن يغنيه فَلَا يبطل ما مَضَى كابن السبيل إِذَا وصل إِلَى ماله.

وَإِذا ثبـت فِي مسـألة العجز أَنَّـهُ لَا يحل لِلمَوْلَى عند أَبِي يُوسُـفَ فِي القول الْأَوَّل الَّذِي حكينا لَمْ يلزمه ردّها، وإِنْ كَانَ لَا يُجزئ الَّذِي أَدَّى عمَّا أَدَّى لِأَنَّ فساد جهة الزَّكَاة لَا ينقض الأداء.

أَلَا تَرَى أَنَّ عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ إِذَا دَفَعَ رجلٌ زكاة ماله إِلَى ولده أَوْ إِلَى غني وَلَمْ يعلم [بِهِ][1] ثُمَّ علم أَنَّهُ لَا يجزؤه، وأنَّه لَا يرد.

وَكَذَلِكَ إِذَا أَدَّى إِلَى مكاتبه وَلَمْ يعلم لَمْ يجزه بِالْإِجْمَاعِ إِذَا علم وَلَمْ يكن لَهُ حق الاسـترداد، فَكَذَلِكَ ههنا لَا يلزمه الردُّ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَدَّى عَلَى الفقراء، فإن رده عَلَى الْأَوَّل وجب أن يصح ويخرج عن عهدته فقيراً كَانَ المردود أَوْ غنياً.

نظيره رجلٌ غصب شَـيْئاً فآجره فأخذ من أجرته أَنَّ ذَلِكَ لَهُ ويتصدق بِهِ، فإن رده عَلَـى المغصوب مِنْهُ برئ عن عهدته فقيـراً كَانَ المردود عَلَيْهِ أَوْ غنياً، هَذَا هوَ الصواب عَلَى ما ذكرنا فِي كِتَاب الغصب.

والأشـبه أن يجوز عن المؤدى لما قلنا إِنَّ الاحتراز غير ممكن، وَأَنْ لَا يحل مع ذَلِكَ لِلمَوْلَى كما قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ فِي مسألة التحري.

---

(١) فِي ب

[بَابٌ فِي الْمُكَاتَبِ يَعْجَزُ أَوْ يَمُوتُ فَيَتْرُكُ وَفَاءً أَوْ لَا يَتْرُكُ]

١٠٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ [يَعْجَزُ][١] فَيَقُولُ: أَخِّرُونِي. قَالَ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ كَانَ أَوْ غَائِبٌ يُرْجَى قُدُومهُ، أَخَّرتُهُ يَومَينِ أَوْ ثَلَاثَة [أَيَّامٍ][٢] لَا أَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ شَيْئاً. وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا أَرُدُّهُ حَتَّى يَتَوالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ.

وأصله أنَّ السنَّة فِي الكتابة التأجيل والتنجيم والتيسير، فإن حل نجمٌ فَلَمْ يؤد حصته كَانَ لِلمَوْلَى حق الفسخ فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رَحِمَهُمَا اللهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مالٌ حاضرٌ أَوْ غائبٌ يرجى قدومه فيؤخر يوماً أَوْ يومين أَوْ ثَلَاثَة لَا يزاد عَلَيْهِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يفسخ حَتَّى يتوالى عَلَيْهِ نجمان.

وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: (إِذَا تَوَالَى عَلَى الْمُكَاتَبِ نَجْمَانِ، رُدَّ فِي الرِّقِّ،)[٣]، ولأنَّ الفسخ للعجز، وَلَا يتحقق العجز إِلَّا بتوالي النجمين، فَلَا يثبت حق الفسخ قبل ثبوت دليله.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) رواه البيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ٦٣٣٨/ بلفظ (إِذَا تتابعَ عَلَى المكاتبِ نجمانِ فلمْ يؤدِّ نجومهُ ردَّ فِي الرِّقِّ)

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّهُ لما مَضَى النجم صَارَ حالًا، والعجز عن البدل الحال لَا يُوجب الفسـخ، وَلَا يتحقق إِلَّا بعد مضي مدة الإمهـال، وإبلاء العذر والآجال ما اجتمع عَلَيْهِ العاقدان، فَإِذَا مَضَى النجم الثَّانِي تحقق العجز فوجب الفسخ.

وقول أَبِي يُوسُفَ رحمه الله استحسانٌ، صَارَ إِلَيْهِ تيسيراً عَلَى العَبْدِ.

ووجه قولَهُما: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنَّ مكاتبةً لَهُ عجزت عن نجمٍ فردها.

والمعنـى فِيهِ أنَّ مقصود العقد من جانب الْمَوْلَى قَدْ فات فوجب تخييره كما لو توالى عَلَيْهِ نجمان.

بيانه: أنَّ المقصود بالعقد تعيين المســمى عنــد انقضاء النجم الْأَوَّل، وقولَهُ: (إنَّ الْمَــال صَارَ حالًا) حجة لنــا، وَهُوَ طريق لَهُمَا أَنَّهُ لما مَضَــى النجم صَارَ كأَنَّه كوتب عَلَى ذَلِكَ القدر حالًا، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ لقيل لَهُ إمَّا أن تعجل، وإمَّا أن ترد فِي الرق، وَلَمْ يؤجل[1] إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مالٌ حاضرٌ أَوْ غائبٌ يرجى قدومه، وَلَمْ يرد فِي التأخير عَلَى الثلاثة الأيام، فَكَذَلِكَ ههنا.

وعند أَبِي يُوسُــفَ رحمه الله التوالي شــرط كَانَ لَهُ مالٌ حاضــرٌ أَوْ غائبٌ يرجى أَوْ لَــمْ يَكُــنْ، وَلَا يلزم عَلَى ما قلنا تأخير يوم أَوْ يوميــن أَوْ ثَلَاثَة أيام لِأَنَّ ذَلِكَ إمضاء لموجــب العقــد، لِأَنَّ الأداء إِنَّمَا يتوجه بعد انقضاء مــدة النجم، وَلَا بد للأداء من زمان فاستحسنوا هَذَا القدر عَلَى أن جعلوه من باب التعجيل دون التأخير.

وَذَلِـكَ كالمدعى عَلَيْهِ إِذَا تَوَجَّهَ عَلَيْــهِ الحكم فادعى الدفع ببينةٍ حاضرةٍ فَإِنَّهُ يؤخر يوماً أَوْ يومين أَوْ ثَلَاثَة لَا يزاد عَلَيْهِ، ويجعل ذَلِكَ من باب التعجيل، فَكَذَلِكَ ههنا.

---

(١) فِي ب: يؤخر

١٠٠٣- مَسْأَلَةٌ

محمَّد عن يعقــوب عن أَبِي حَنِيفَةَ، فِي الْمُكَاتَبِ يخـل بِنَجْمٍ فَيَرُدُّهُ مَوْلَاهُ عِنْدَ غَيرِ السُّلطَانِ بِرِضَاهُ. قَالَ: أَنَّهُ جَائِزٌ.

لِأَنَّ الكتابــة تحتمــل الفســخ بالإقالة والتراضــي مِنْ غَيْرِ عــذرٍ، فعند العذر أولى،كما [قلنا][١] فِي المتبايعين إِذَا فسخا البيع بسبب الغير أَنَّهُ صحيح لما قلنا.

فإن رفعه إِلَى السلطان نظر، فإِنْ كَانَ لَهُ شيء حاضرٌ أخذه وإلا رده فِي الرق، وَهُوَ قول أَبي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله.

وتفسير الحاضر أَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِ أَوْ يرجى قدومه.

وتفســير الأخــذ أَنْ يَأْخُذَهُ فِي يــوم أَوْ يومين أَوْ ثَلَاثَة، كما فســره فِي الفصل الَّذِي قلنا.

وَقَــدْ ذكرنا الفصــل الَّذِي ذكره عقيب هَــذَا الفصل وزاد فِيهِ: وَإِنَ اســتهلك القابــض ما قبضه لَمْ يضمنه لصاحبه فِي قــول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَذَلِكَ لما ذكرنا من صحة التبرع.

١٠٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله تَعَالَى، فِي رَجُــلٍ قَالَ لِعَبْدِهِ: قَدْ جَعَلْــتُ عَليــكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ نُجُومَاً أَوَلَهَا كَذَا وَآخِرَهَا كَــذَا، كُلُّ نَجْمٍ كَذَا، فَإِذَا أَدَّيتَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِذَا عَجزتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ؛ قَالَ: هَذِهِ مكاتبةٌ.

---

(١) فِي ب

وَهَذَا استحسانٌ.

والقياس أن لَا يَكُون مكاتبة، لِأَنَّ ذكر النجوم فصل فِي الكتابة فيجعل وجود ذكرها كعدمها.

ووجه الاستحسان: أنَّ العبرة فِي العقود للمعاني.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الْكَفَالَة شـرطُ براءة الأصيـل حوالةٌ، والحوالة شـرط مؤاخذة الأصيل كفالةٌ، وَالْمُضَارَبَة بشرط الربح كله لرب الْمَال بضاعةٌ، وبشرطه للمضارب إقراضٌ، وَقَدْ وجدنا ههنا معنى المكاتبة، لِأَنَّ معنى المكاتبة المشروعة عَلَى سبيل السـنة والعادة، والَّذِي عَلَيْهِ الْإِجْمَاع ما قلنا، وعند الإطلاق يصح، فعند التفسـير أولى أن يصح.

١٠٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ يَكُونُ لَهُ الْوَلَدُ مِنْ الحُرَّةِ فَيمُوتُ الْمُكَاتَبُ فَيَدعُ دَيناً وَفَاءً لِمُكَاتَبتِهِ، فَجَنَى الْوَلَدُ جِنَايَةً فَقَضَى بِهَا القَاضِي عَلَى عَاقِلَةِ الأمِّ؛ قَالَ: لَيْسَ هَذَا بِقَضَاءٍ مِنْ القَاضِي يُعجَز الْمُكَاتَب، وإِنْ كَانَ مَوَالِي الأَبِ وَمَوالِي الأُمِّ اخْتَصمُوا فِي ولَايَةٍ، فَقَضَى بِهَا القَاضِي لِمَوالِي الأُمِّ كَانَ هَذَا قَضَاءٌ مِنْهُ يعجزُ الْمُكَاتَب.

والفـرق بين الفصلين أنَّ فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَـى [أنَّ القَاضِي][(١)] قرر حكم الكتابـة، لِأَنَّ من قضية قيام الكتابـة أَنْ يَكُونَ الولاء ملحقاً بموالي الأم، والعقلُ عَلَيْهِـم مـع احتمال أن يعتق الأب فيجّـر الولاء، فَلَمْ يكن مـن ضرورة القضاء

(١) فِي ب

بالعقل عَلَيْهِم، وَهُوَ محتملٌ تقرير الكتابة أن يُجعل فسخاً مِنْ غَيْرِ ضرورة.

فأمَّا إِذَا اختصموا فِي نفس الولاء كَانَ الاختلاف فِي الحقيقة راجعاً إِلَى قيام الكتابة وانتقاضها، لِأَنَّ الولاء لَا يستقر إِلَّا بناءً عَلَى ذَلِكَ فإن انتقضت الكتابة استقر الولاء عَلَى موالي الأم.

فإن بقيت وعتق الأب انتقل إِلَى موالي الأب واستقر عَلَيْهِم، فموالي الأم زعموا أَنَّهُ مَاتَ عَبْدَاً وانتقضت الكتابة بموته فَصَارَ الولاء لنا لَا يتحول أَبَدَاً، وَهَذَا قَوْلُ بعض الصحابة رضوان الله عَلَيْهِم أجمعين.

وَقَالَ موالي الأب: بَلْ هُوَ مكاتبٌ مَاتَ عن وفاءٍ وبقيت مكاتبته، والسبيل أن يؤدوا مكاتبته فيعتق، والولاء ينتقل إلينا وَهُوَ قول بعض الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين.

فَإِذَا قَضَى القَاضِي بالولاء لموالي الأم كَانَ قضاءً فِي فصل مجتهد [فِيهِ][1] فينفذ.

١٠٠٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مُكَاتَبٍ كَفِلَ عَنْهُ رَجُلٌ لِمَوْلَاهُ بِمُكَاتَبَتِهِ، قَالَ: لَا يَجُوزُ.

لِأَنَّ الْكَفَالَة موضوعةٌ لتحمل[2] المطالبة بالدين لَا لتحمل الدين، لِأَنَّ الدين

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: لالتزام

لَا ينتقـل من ذمـة المكفول عَنْهُ ولكنه يبقى، فَإِذَا بقـي لَمْ يتحول لكن يحدث عن مطالبة فِي ذمة الكفيل.

وَإِذا ثبـت أَنَّ الْكَفَالَة لتحمل المطالبة بِمَا هُوَ مضمونٌ عَلَى الأصيل، قلنا: إِنَّ ما عَلَى الْمُكَاتَب من مال المكاتبة غير مضمونٍ فَلَا يُطالب بِهِ.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ يعجز فيبطل المضمون فَلِذَلِكَ بطـل الضمان؟ ولأَنَّ الْمَال غير واجبٍ فِي الحقيقة لِأَنَّهُ عبده، وَلَا يجب الدَّين لِلمَوْلَى عَلَى عبده.

١٠٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ وَطَأَ أَمَتَهُ عَلَى وَجْهِ المِلكِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيدِ ثُمَّ يَسْتَحِقُّهَا[1] رَجُلٌ؛ قَالَ: عَلَيْهِ العُقرُ يُؤخَذُ بِهِ فِي مُكَاتَبتِهِ، وَإِذا وَطِئهَا بِالنِّكَاحِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى لَمْ يُؤخذ بِالمَهْرِ حَتَّى يعتق.

وأصله أنَّ المهر ضمانُ ما لَيْسَ بمالٍ، وَلَيْسَ من باب الكسب أَيْضاً، فَلَمْ يكن التزامـه داخلًا فِي ولاية الْمُكَاتَب بِغَيْـرِ إذن الْمَوْلَى فتأخر إِلَى عتقه كدين الْكَفَالَة، وصار فِي هَذَا الحكم كأنَّه عبد غير مكاتب.

فأمّا إِذَا وطأها عَلَى وجه الملك بأن كَانَ اشْـتَرَى جَارِيَةً فوطأها ثُمَّ استُحقت أُخذ بالمهر فِي الحال للمسـتحِق، لِأَنَّ هَذَا المهر وجب بسـبب الشراء، لِأَنَّهُ لولا الشـراء لوجب الحد فَصَارَ هَذَا الْمَال وإِنْ كَانَ مقابَلًا بِغَيْرِ مال من توابع التِّجَارَة، وَمَا يتبع التِّجَارَة ملحقٌ بِهَا، وإِنْ كَانَ فِي الحقيقة مِنْ غَيْرِ التِّجَارَة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الْعَارِيَّة والهدية اليسـيرة والضيافة اليسـيرة لمَّـا كَانَتْ من توابع

(١) فِي أ: يستحلها

التِّجَـارَة أُلحقت بالتجـارة، وإِنْ كَانَتْ تبرعاً فِي الحقيقة؟ فَكَذَلِكَ ههنا لمَّا أسـند العقرَ إِلَى التِّجَارَة صَارَ ملحقاً بدين التِّجَارَة.

فَكَذَلِـكَ الجـواب فِي العَبْد المـأذون، وَكَذَلِـكَ الجواب فِيمَـا إِذَا وطأ أمةً اشـتراها شـراءً فَاسِـدَاً ثُمَّ ردت عَلَى البَائِع أَخَذَ بعُقرها فِي الحال، وَكَذَلِكَ العَبْد المأذون لما ذكرنا.

١٠٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي أَمَةٍ بَينَ اثْنَينِ كَاتَبَاهَا جَمِيعَـاً ثُمَّ وَطِأَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثُـمَّ وَطِأَهَا الآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَـادَّعَاهُ فَعَجَزَتْ؛ قَالَ: هِيَ أمُّ وَلَدٍ لِلأَوَّلِ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا وَنِصْفُ عُقْرِهَا لِلآخَـرِ، وَيَضْمَنُ الآخَرُ عُقْرَهَا وَقِيمَةَ وَلَدِهَا، وَيَكُونُ ابْنَهُ، وَأَيُّهُمَا دَفَعَ العُقْرَ إِليهَـا جَازَ. وَإِنْ كَانَ الثَّـانِي دَبَّرَهَا بَطَلَ تَدْبِيرُهُ، وَهِيَ أُمُّ وَلَدِ الأَوَّلِ وَالوَلَدُ وَلَدُهُ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ عُقْرِهَا وَنِصْفُ قِيمَتِهَا لِشَرِيكِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: إِذَا وطأهـا أحدهما فجاءت بولد فَادَّعَاهُ فَهِيَ أمُّ ولدٍ لَهُ، وَهِيَ مكاتبة كلها فِيهِ، وعَلَيْهِ نصف قيمتها لشريكه عند أَبِي يُوسُـفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ الأَقَلُّ مِنْ نِصْـفِ القِيمَةِ وَمِنْ نِصْـفِ مَا بَقِي مِنْ المُكَاتَبَةِ، وَلَا يَصِـحُّ وَطء الآخَرُ، وَلَا يَثْبتُ نَسَبُ الْوَلَد مِنْهُ، وَلَا يَكُونُ ابْنَهُ بِالقِيمَةِ.

وأصل هَذِهِ المسـألة: أنَّ المكاتبة بين اثنين اسـتولدها أحدهمـا صحَّ ذَلِكَ، واقتصر ذَلِكَ عَلَى نصيب المستولد، وَلَمْ يتملك نصيب صاحبه عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يتملك نصيب صاحبه بكامل الِاسْتِيلَاد.

وجـه قولَهُمـا: إنَّ تكميل الِاسْـتِيلَاد واجبٌ ما أمكن، وَقَـدْ أمكن ههنا لِأَنَّ الكتابة تحتمل الفسخ، والاستيلاد لَا يحتمله.

ولأنَّـا إِذَا قلنـا تنتقض الكتابة عـادت إِلَى الكمال مِنْ بَعْدِ فَصَـارَ هَذَا الوجه أحق، فقلنا بكمال الِاسْتِيلَاد، وقدمنا عَلَيْهِ نَقْضَ الكتابة فِي نصيب الشريك [ههنا، ثُمَّ][1] عادت إِلَى الكمال.

وَهَذَا الْمُكَاتَب عتق بِغَيْرِ جهة الكتابة أي الكتابة تنتقض وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

رجلٌ اسـتولد مكاتبةَ نفسـه أنَّ الكتابة لَا تنتقض، لِأَنَّـهُ لَا حاجة إِلَى النقض ههنا.

فأمَّا أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله فَإِنَّهُ احتج بأنَّ الِاسْتِيلَاد يقبل التجزؤ إِذَا عارضه حقٌ لازمٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُدَبَّرَة بين اثنين إِذَا اسـتولدها أحدهما أَنَّهُ يتجزأ، والكتابة عقدٌ لازمٌ يصلح مانعاً كالتدبير؟

أَلَا تَرَى أَنَّ الرَّجُل إِذَا استولد مكاتبة ابنه لَا يصح، كما لو استولد مدبرته وَلَمْ يفصل بينهما؟ فَكَذَلِكَ ههنا.

والجواب: أَنَّهُ لَا سـبيل إِلَى تكميل الِاسْتِيلَاد إِلَّا بملك نصيب الشريك، وَلَا سبيل إِلَّا أن يملكه بصفة الكتابة لِأَنَّ الكتابة تمنع النقل.

أَلَا تَرَى أَنَّ بيع الْمُكَاتَب لَا ينعقد كبيع المدبر وَلَا سـبيل إِلَى أن يفسخ؟ لِأَنَّ الكتابة عندهما لَا تتجزأ فِي الفسـخ كما لَا تتجزأ فِي العقد وَلَوْ انفسخت، لبطلت أصلًا.

---

(1) فِي ب

ثُمَّ اختلف أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله بينهما، فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يضمن قيمة نصيب شريكه بالغةً ما بلغت يريد بِهِ نصف قيمته مكاتباً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يضمن الأقل من ذَلِكَ ومن نصف ما بقي من المكاتبة، وَكَذَلِكَ هَذَا الاختلاف فِي مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما.

وجه قول أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّ المدعي يَمْلِك نصيب صاحبه حَتَّى صَارَ كله مكاتباً لَهُ فيضمن قيمة ما ملكه موسراً كَانَ أَوْ معسراً، وَفِي مسألة الإعتاق أتلفه، فيضمن ما أتلفه إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

ووجه قول محمَّد رحمه الله: أَنَّ ما لِلمَوْلَى عَلَى الْمُكَاتَب أحد الشيئين، إمَّا الرقبة، وإمَّا بدل الكتابة.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا عجز فحقه فِي الرقبة، وَإِنَ أَدَّى فمالُه بدل الكتابة؟ ومحالٌ أن يغرم لَهُ ألف دِرْهَم وَهُوَ نصف قيمته وَقَدْ بقي دِرْهَم من كتابته لو أداه لَمْ يَكُنْ لَهُ سبيلٌ عَلَى شيءٍ آخر؟

فإن قيل كيف ملك نصيبه مع قيام الكتابة قيل لَهُ لَا بُدَّ من القول بنقض الكتابة ضرورة النقل إِلَى ملك الآخر، لَكِنَّهُ ضروري فَلَمْ يظهر فِي حكم غير التملك، وَلَمْ تنتقض الكتابة كلها لِأَنَّ عدم التجزؤ عندهما لتوفير حق الشرع والتوفير فِي التجزؤ فِي الفسخ، ثُمَّ القول بالكمال مِنْ بَعْدِ.

فَلِذَلِكَ وجب القول بالتجزؤ فِي الفسخ ثُمَّ العود إِلَى الكمال.

[قَالَ الشيخ الإمام الزاهد][1]: قَالَ بعض مشايخنا رحمهم الله منهم الشيخُ الإمامُ

(١) فِي ب

أَبُـو مَنْصُورِ الْمَاتُرِيدِيُّ السـمرقندي رحمه الله حكى عَنْهُ جدّ والدي [الشـيخ][1] الإمام أبو محمَّد عبد الكريم بن موسـى رحمه الله فِي شرح هَذَا الْكِتَاب: أنَّ الكل صَارَ مكاتباً للمستولد بنصف بدل الكتابة.

لأنَّا لمَّا قلنا بالنقض وَقَعَتْ بالبراءة عن نصف بدل الكتابة بسبب الفسخ، لما ذكرنا أنَّ القول بالتجزؤ فِي الفسـخ واجبٌ، فبقي العقد فِي النصف بنصف البدل، فعـاد ذَلِكَ إِلَى الكمال فِي حق الرقبة، فأمَّا أن يعود [فِي][2] النصف السـاقط فَلَا، فَصَارَ عتقه متعلقاً بأداء النصف.

ومن مشـايخنا رحمهم الله من قَـالَ: أَنَّهُ مكاتب كله بجميع البـدل الَّذِي كَانَ، وإليه أشار فِي عامة الكتب.

ووجه ذَلِكَ: ما ذكرنا أنَّ النقض ضروري، فلن يتبين فِيمَا وراء حكم الضرورة وَهُوَ التملك فبقي العقد الْأَوَّل كما كَانَ.

أَلَا تَرَى أَنَّ أبا يُوسُـفَ ومحمَّد رحمهما الله جعلا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ تملك الْمُكَاتَب؟ حَتَّى أوجب أَبُو يُوسُـفَ رحمه الله نصـف قيمته مكاتباً، وأوجب محمَّـد رحمه الله الأقل من قيمة نصيبه، ومن حصته من الْمُكَاتَب، فاتفقا عَلَى اعتبار قيام الكتابة فِي ذَلِكَ النصف.

فَكَذَلِـكَ فِي حكم البدل، فَإِذَا ثبت هَذَا بقي نصيب السـاكت عَلَى ملكه عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فصح استيلاده ودعواه فِي مِلْكِهِ، فثبت نسب الْوَلَد مِنْهُ، فَإِذَا عجزت بعد زوال المانع عن كمال الِاسْتِيلَاد فتم الْأَوَّل لتقدمه، وظهر أنَّ الثَّانِي استولد فِي

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

مِلْكِهِ فِي الظاهر، وَفِي الحقيقة وقع الِاسْتِيلَاد فِي مِلْكِ الْأَوَّل فَصَارَ مغروراً بأخذ الْوَلَد حراً بالقيمة استحساناً.

وأصله أمةٌ بين رَجُلَيْنِ جاءت بولدين فِي بطنين مختلفين، فادعى أحدهما الأكبر وادعى الآخر الأصغر، وخرج كلامهما مَعَاً أنها أمُ ولد الْأَوَّل.

والقياس أن يبطل الثَّانِي.

وَفِي الاستحسان يصح ويصير الْوَلَد حراً بقيمته، فَكَذَلِكَ ههنا.

وَعَلَى الْأَوَّل نصف قيمتها لِلثَّانِي لِأَنَّهُ ملك نصيبه مِنْهَا حين عجزت عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وعَلَيْهِ نصف العقر، لِأَنَّهُ حين وطأها كَانَتْ مكاتبة بينهما، فوجب العقر كله عَلَيْهِ، وصار كسباً لَهَا، فَلَمَّا عجزت صَارَ كسبها بينهما فسقط عَنْهُ نصيبه، وبقي نصيب صاحبه عَلَيْهِ، فإِنْ كَانَ أَدَّى العُقر إليها قبل العجز صحَّ لِأَنَّهَا كسبها.

وَأَمَّا الشريك الثَّانِي فَقَدْ أَقَرَّ بوطء أمةٍ هِيَ ملك الْأَوَّل كلها عَلَى اعتبار حال العجز، فعلى هَذَا الوجه يغرم عُقراً كاملًا كما فِي غَيْرِ المكاتبة، وَعَلَى اعتبار المكاتبة يَغرم عُقراً كاملًا أَيْضَاً، لِأَنَّهَا مكاتبةٌ بينهما فغرم العُقر، لِأَنَّ وطء الرَّجُل مكاتبته توجب العقرَ كوطء مكاتبة غيره.

فَإِذَا أَدَّى إليها صحَّ، لِأَنَّ العُقر كله كسبها، وَإِنْ لَمْ يؤد إليها أَدَّى إِلَى شريكه، لِأَنَّ العُقر كله صَارَ حقاً لَهُ بالعجز.

وعندهما: هِيَ مكاتبة الْأَوَّل، فإن عجزت فَهِيَ أمته، واستيلاد الثَّانِي باطلٌ بِكُلِّ حَالٍ، وإِنْ كَانَ الثَّانِي دبر نصيبه.

والمسألة بحالها، فَلَا يُشكل أَنَّهُ باطلٌ عندهما، لِأَنَّهُ وقع فِي مِلْكِ الْأَوَّل،

فأمَّـا عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فإنَّ التدبير باطلٌ أَيْضَاً، فَإِنَّهَا لما عجزت ظهر أَنَّها كلها أمُّ ولـد الْأَوَّل، لكن مِلك الثَّانِي كَانَ ثابتاً فِي الظاهر فَصَارَ ذَلِكَ كافياً لثبات النسـب واستحقاق الْوَلَد بالغرور، فأمَّا التدبير فَلَا يثبت بالشبهات.

أَلَا تَرَى أَنَّ من اشْتَرَى جَارِيَةً فدبرها ثُمَّ استُحقت بطل التدبير، وَلَوْ استولدها ثُمَّ استُحقت لَمْ يبطل النسب؟ وكان الْوَلَد حراً بالقيمة، فَكَذَلِكَ ههنا والله أعلم.

١٠٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي أَمَةٍ بَينَ اثْنَينِ كَاتَبَاهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَـا ثُمَّ عَجَزَتْ؛ قَالَ: يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا لِشَرِيكِهِ، وَرَجَعَ بِذَلِكَ عَلَيْهَا. وَعِنْدَهُمَا يَغْرَمُ ذَلِكَ، وَلَا يَرْجِعُ.

وأصله أنَّ الْمُكَاتَب بين اثنين إِذَا أعتقه أحدهما لَمْ يغرم شَيْئاً عند أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّـهُ لَا يؤثر فِي نصيب صاحبه عَلَى أصله، فَـإِذَا عجز ظهر أثره الآن وصار تعدياً فغرم لصاحبه، ورجع بِهِ عَلَيْهِ كما هُوَ المذهب عنده، فِي هَذَا البَابِ أَنَّهُ يَرْجِع عَلَى المملـوك بِمَا ضمن، وصار كشـاهدين شـهدا بدينٍ مؤجلٍ فقضى بِـهِ القَاضِي ثُمَّ رجعا أَنَّـهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِما، فَإِذَا حل الأجل فأخـذه صاحب الدين ظهر التعدي، فوجب الرجوع والضمان، فَكَذَلِكَ ههنا.

وَعَلَى قولَهُما: يغرم فِي الحال [عَلَى الاختلاف الَّذِي بينا إِلَّا أَنَّها إِذَا عجزت بطـل جانب بـدل الكتابة فوجب نصـف القيمـة بِالْإِجْمَاعِ وَلَا رجـوع][1] عَلَى أصلهما.

---

(١) فِي ب

١٠١٠- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فِي عَبْدٍ جَنَى جِنَايَةً ثُمَّ كَاتَبَهُ مَوْلَاهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ ثُمَّ عَجَزَ أَنَّهُ يُقَالُ لَهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ، وإِمَّا أَنْ تَفْدِيَهُ.

لِأَنَّــهُ لما كاتبه وَهُوَ لَا يعلم لزمْته قيمته لِأَنَّ اختياره لَمْ يثبت وَقَدْ امتنع الدفع بفعله فغرم قيمته كما لو بَاعَهُ.

فَإِذَا عجز زال المانع قبل انتقال الحق عن الرقبة فوجب الدفع أَوْ الفداء، فإن جنى وَهُوَ مكاتب ثُمَّ عجز قَبْلَ أَنْ يَقْضِي عَلَيْهِ دَفَعَهُ أَوْ فداه.

وَإِنَ قَضَى عَلَيْهِ ثُمَّ عجز كَانَ قدر قيمته ديناً عَلَيْهِ يباع فِيهِ، وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله، وقول أَبِي يُوسُفَ رحمه الله الآخر أَيْضاً.

وكان قولَهُ أولًا أَنَّهُ إِذَا عجز قبل القضاء بيع فِيهِ أَيْضاً، وَهُوَ قول زفر رحمه الله.

وحاصلــه: أنَّ جنايــة الْمُكَاتَــب عندنا لَا تصير مَــالَاً إِلَّا بقضــاءٍ أَوْ رضىً أَوْ بالموت عن وفاءٍ، وعند زفر وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّل يصير مَالَاً فِي الحال.

وجه قول زفر رحمه الله: أنَّ المانع من الدفع(١) قائمٌ وَهُوَ الكتابة، فوجب أن يصير مَالَاً بنفس الوقوع كما قلنا فِي جناية المدبر وأمِّ الْوَلَد.

ووجه قولنا: إنَّ جناية المملوك توجب [دَفَعَ](٢) رقبته إِلَّا أن يتعذر التسليم.

ودليــل التعذر ههنا قابلٌ للفســخ والــزوال، فَلَمَّا تردد لَمْ يثبــت الانتقال إِلَّا بالحكم، كالعبد المبيع إِذَا أَبَقَ أنَّ البيع لَا ينتقض إِلَّا بقضاء القَاضِي، فَكَذَلِكَ ههنا.

---

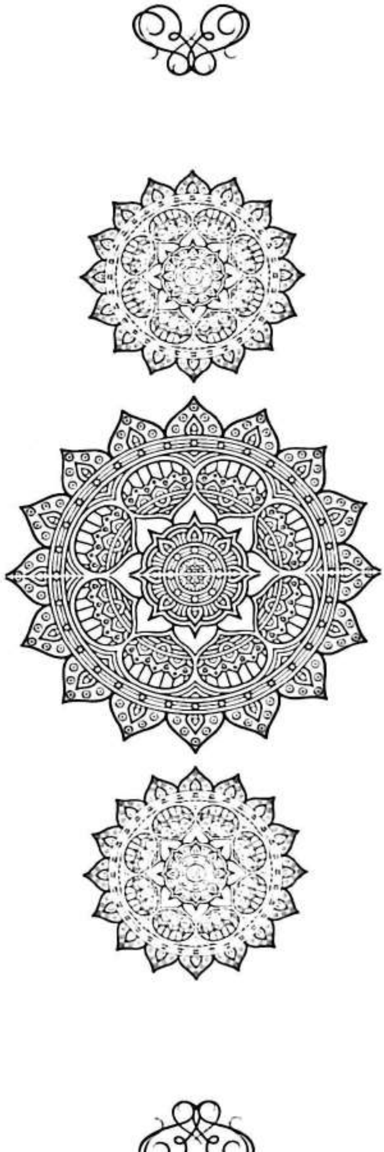
(١) فِي ب: من الرق

(٢) فِي ب

فَـإِذَا قَضَـى القَاضِي صحَّ النقل فَلَمْ يعد مِنْ بَعْـدِ، وَإِذا لَمْ يحكم بِهِ لَمْ ينتقل بخلاف التدبير والاستيلاد.

لِأَنَّ المانع ثابتٌ عَلَى القرار فوجبت القيمة لَهُ مِنْ غَيْرِ ترددٍ وَلَا توقفٍ، والله أعلم بالصواب

٢٩- كِتَابُ المَأْذُونِ لَهُ فِي التِّجَارَةِ



١٠١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمَأْذُونِ وَالمَكَاتَبِ لَيْسَ لَهُمَا أَنْ يُقْرِضَا، وَإِنَ أَقْرَضَا فَهُوَ بَاطِلٌ، لِأَنَّ القَرضَ يَجْرِي مَجْرَى التَّبَرُعِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو جَعَلَ مبادلةً لصار صرفاً بِالنَّسِيئَةِ وَذَلِكَ باطلٌ؟

والدليل عَلَيْهِ أنَّ الأب والوصي لَا يملكان ذَلِكَ فِي مَالِ الصغار، والمكاتب والمأذون لَا يملكان التبرع فَلِذَلِكَ بطل إقراضهما.

أَلَا تَرَى أَنَّ القرض بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَّة عندنا عَلَى ما ذكرنا فِي كِتَاب الصرف؟ وَلَا حاجة للتجارة إِلَيْهِ فَصَارَ كالهبة.

١٠١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقدمُ مِصْراً فَيَقُولُ: أَنَا عَبْدُ فُلانٍ، فيَشْتَرِي وَيَبيعُ؛ قَالَ: يَلْزَمُهُ كُلَّ شَيءٍ مِنْ [أَمَرَ][1] التِّجَارَة إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاعُ حَتَّى يَحضُرَ مَوْلَاهُ، فَإِذَا حَضَرَ فَقَالَ: أَذِنتُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ، فيُصَدَّقُ اسْتِحْسَاناً. وَالثَّانِي أَنْ يَبيعَ وَيَشْتَرِيَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَذْكُرَ الإِذْنِ فَيَجُوزُ، وَيَحْصَلُ تَصَرُفُهُ عَلَى مَا يَدُلُ عَلَى الصِّحَةِ وَالجَوَازِ، وَهُوَ دَعْوَى الإِذْنِ اسْتِحْسَاناً أَيْضاً.

---

(١) فِي ب

أَمَّا إِذَا ادَّعَى الإِذْنَ فَإِنَّهُ مُدَّعٍ وَلَا يُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ لِقَوْلِ النَّبِي ﷺ: (الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)[1]، وَفِي الاسْتِحْسَانِ يُصَدَّقُ.

لِأَنَّ النـاس يعاملون ذَلِكَ، وإجماع الْمُسْـلِمِينَ حجةٌ يخصُّ بِهَا الأثر ويترك بِهَـا القيـاس والنظر، ولأنَّ فِي ذَلِكَ ضـرورة عامة لِأَنَّ الإذن أمرٌ لا بـدَّ مِنْهُ وإقامة الحجة عند كل عقدٍ غير ممكنٍ، وَمَا عم بِهِ البلوى والضرورة فالحكم فِيهِ واسع.

وَكَذَلِكَ هَذَا القياس والاستحسـان فِي دعوى الْوَكَالَة وَالْمُضَارَبَة والشـركة والبضاعة وَمَا أشـبه ذَلِكَ، ثُمَّ القياس عَلَى هَذَا اذا سـكت لَا يثبت الإذن لِأَنَّ خبر الواحد حجةٌ وَلَمْ يوجد.

وَفِي الاستحسـان يثبت لِأَنَّ أمور الْمُسْلِمِينَ محمولةٌ عَلَى الصلاح ما أمكن، وَلَا يثبت الجواز إِلَّا بالإذن فوجب أن يحمل عَلَيْهِ.

والقياس أن يشترط عدالة المخبر لِأَنَّ خبر العدل هُوَ الَّذِي جَعَلَ حجة.

وَفِي الاستحسان لَا يُشترط، لما قلنا من إجماع الْمُسْلِمِينَ وللضرورة أَيْضَاً.

فَإِذَا ثبت هَذَا صحّت تصرفاته ولزمته الديون فيستوفي من كسبه، فإن لَمْ يَكُنْ فِي هَذَا الكسـب وفاءٌ لَـمْ تبع رقبته لِأَنَّ العَبْد غير مصدقٍ عَلَـى مَوْلَاهُ، وَلَيْسَ من ضرورة الإذن بيع الرقبة.

أَلَا تَرَى أَنَّ المدَّبر المأذون لَا تباع رقبته؟

---

(١) رواه البيهقـي فِي السـنن الكبرى رقـم/ ٢١٧٣٣/ ، وبعضـه فِي الصحيحيـن وَهُوَ قول النبـي ﷺ فِي حديث ابن عبـاس رضي الله عنهما: (ولكن الْيَمِين عَلَى المدعـى عَلَيْهِ) رواه البخاري برقم/ ٤٥٥٢/ ، ومسلم برقم/ ١٧١١/

فـإن حضر مَوْلَاهُ فَأَقَرَّ بالإذن فَقَدْ أَقَرَّ بحق البيع لِأَنَّ الإذن فِي التِّجَارَةِ رضىً بِالْبَيْعِ فوجب بيعه والله أعلم.

١٠١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ أَذِنَ لِأَمَتِهِ فِي التِّجَارَةِ فَاسْـتَدانَتْ دَيْنَاً أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهَا ثُـمَّ دَبَّرهَا مَوْلَاهُا. قَالَ: هِيَ مَأْذُونةٌ بِهَا عَلَى حَالِهَا، والْمَوْلَى ضَامِـنٌ لِقِيمَتِهَا لِلغُرَمَاءِ، وَلَوْ وَطَئهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ وَلَمْ يُدَبِّرهَا فَهَذَا حُجَّةٌ عَلَيْهَا والْمَوْلَى ضَامِنٌ لِقِيمتِهَا لِلغُرَمَاءِ.

أَمَّا التدبير فَلَيْسَ بحجرٍ لِأَنَّهُ لَيْسَ برفعٍ لَهُ قصداً وَلَيْسَ بمنافي لَهُ حكماً.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لَا يمنع ابتداء الإذن؟ فـلأن لَا يمنع البقاء أولى، وَلَيْسَ بواقعٍ لَهُ من طريق الدلالة لِأَنَّ الْمُدَبَّرَة لَمْ تمنع من الخروج إِلَى الحوائج فِي العادات وَهُوَ ضامنٌ لقيمتها لِأَنَّهُ أتلف الرقبة عَلَيْهِم.

فأَمَّا الِاسْـتِيلَاد فَإِنَّهُ لَيْسَ بحَجرٍ فِي القياس لِأَنَّهُ لَا يمنع الإنشاء، فإن من أذن لأمِّ ولده فِي التِّجَارَةِ فلأن لَا يمنع البقاء أولى.

ووجه الاستحسان: أنَّ الِاسْتِيلَاد دلالةٌ عَلَى الحَجر لِأَنَّ الظاهر أنَّ الْمَوْلَى لَا يمنع أمته من الخروج فَإِذَا استولدها حَصّنها ومنعها من الخروج وَلَا تتأتى التِّجَارَة إِلَّا بالخروج.

فأَمَّا إِذَا إذن لأمِّ ولده فَقَدْ وجد صريح الإذن بالخروج فبطل بِهِ حكم الدلالة وَهُوَ ضامنٌ لقيمتها للغرماء لما قلنا.

١٠١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ فَيَبِيعُ عَبْدَاً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ يَحُطُّ مِنْ ثَمَنِهِ؛ قَالَ: إِنْ حَطَّ مِثْلَ مَا يَحُطُّ التُّجَارُ بِعَيبٍ فَهُوَ جَائِزٌ.

الحط عَلَى وجهين:

أحدهما: بِغَيْرِ عيبٍ وَذَلِكَ باطلٌ لِأَنَّهُ تبرعٌ.

والثاني: الحط للعيب يَطعن بِهِ الْمُشْتَرِي.

والقياس أَنَّهُ باطلٌ لما قلنا.

وَفِي الاستحسـان يجوز لِأَنَّهُ أمرٌ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي التِّجَارَةِ، وَلَا تقوم التِّجَارَة إِلَّا بِذَلِكَ، لِأَنَّهُ لو لَمْ يَصِحَّ لما سلِم لَهُ بيع أَبَدَاً فدخل فِي الإذن تبعاً كما دخلت الهدية والدعوة اليسيرة والعارية، وَذَلِكَ إِذَا حط مثل ما يحط النَّاس فِي تجاراتهم لِأَنَّهُ لَا ضرورة فِي الكثرة، وإنمـا جوّزناه للضرورة لِأَنَّ الأمر يتناوَلَهُ فاقتصر عَلَى موضع الضرورة وَهُوَ المتعارف.

ومسألة دين المأذون تمنع ملك الْمَوْلَى فِي مكاسبه قَدْ مرت فِي البيوع.

١٠١٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي عبدٍ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ دينٌ فَبَاعَهُ مِـنْ رَجُلٍ وَأَعْلَمَهُ الدَّينَ وَجَـاءَ الغُرَمَاءُ وَقَدْ قَبَضَـهُ الرَّجُلُ؛ قَالَ: لَهُم أَنْ يَرُدُّوا البَيعَ وإِنْ كَانَ غَائِبَاً فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُم وَبَينَ الْمُشْـتَرِي حَتَّى يَحْضَرَ البَائِعُ. وَقَالَ أَبو يُوسُفَ رحمه الله: الْمُشْتَرِي خَصْمٌ وَيُقْضى لَهُمْ بِدَيْنِهِم.

وَعَلَى هَذَا اذَا اشْـتَرَى رجلٌ دَاراً وَلَهُا شـفيعٌ ثُمَّ وهبها لِرَجُلٍ وقبضها الرجلُ ثُمَّ غاب الواهب ثُمَّ حضر الشفيع فوجد الموهوب لَهُ فَهُوَ عَلَى هَذَا الاختلاف.

وذكر ابن سماعة عن أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله فِي هَذِهِ المسألة مثل أَبِي يُوسُفَ رحمه الله فجعل الموهوب لَهُ خصماً.

فوجه قول أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله: أنَّ ذا اليد يدَّعي ملك الرقبة يحول بين المدعي والمدَّعى عَلَيْهِ [بعده بدعوى الملك][1]، فيكون خصماً، كمن ادَّعَى حقاً فِي العين أَنَّهُ رهنٌ عنده فإن ذا اليد يكون خصماً لَهُ فَكَذَلِكَ ههنا.

وَلَيْـسَ كالبائـع إِذَا كَانَتْ الدار فِـي يَدِهِ أَنَّهُ لَا يَكُون خصماً للشـفيع، لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي الملك وَإِنَّمَا قياسه الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَتْ الدار فِي يَدِهِ أَنْ يَكُونَ خصماً للشفيع لما قلنا.

وَاحْتَـجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله بأنَّا لو جعلناه خصماً فِي الابتداء أَدَّى إِلَى أن لَا يَكُـون خصماً فِي الانتهاء لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مـن نَقَضَ ملكه، فَإِذَا نَقَضَ ملكه كَانَ البيع بالدين قضاءً عَلَى الغائب وَهَذَا يوجب أن تكون مسألة الشفعة عَلَى الاختلاف.

وَلَا يلزم رجلٌ ادَّعَى ملكاً مطلقاً وأنكره صاحب اليد وزعم أَنَّهُ لَهُ فإنَّا نقضي بِـهِ للمدّعي، وَقَدْ ظهر فِي الانتهاء أَنَّهُ كَانَ غاصباً، والغاصب لَا يَكُون خصماً لِأَنَّهُ ظهر غصبه من هَذَا المدعي، فكل غاصبٍ خصمٌ للمغصوب مِنْهُ.

وطريق آخر فِي المسألة أنَّ المدعي يدّعي ديناً عَلَى الغائب فيستحق بِهِ الحق فِـي العين حكمـاً لثبوته فَلَا يصلح صاحب المِلك خصمـاً كالموصى لَهُ لَا يَكُون خصماً للغريم.

---

(١) فِي ب

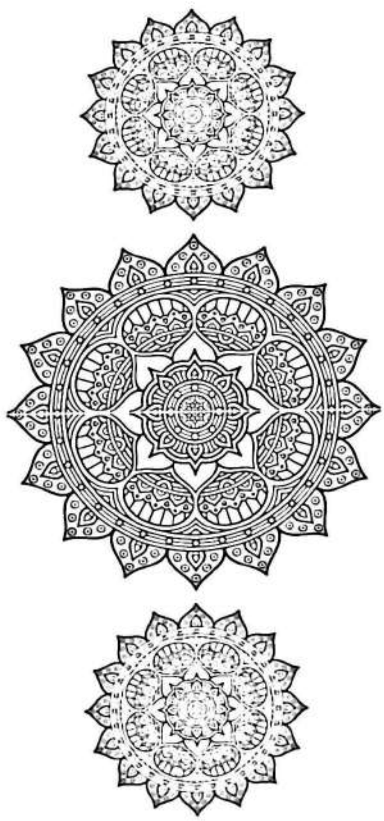
ومسـألة الشـفعة عَلَى هَذَا يجب أن تكون عَلَى الاتفاق لأنـه يَدَّعِي حقاً فِي العين هناك، وَلَا يلزم دعوى الرهن.

أَمَّـا عَلَـى الطَّرِيق الْأَوَّل فَلَا يُشـكل أَنَّهُ فِـي الانتهاء لَا يخرج مـن أَنْ يَكُونَ خصماً.

وَعَلَى الطَّرِيق الثَّانِي المرتهن يَدَّعِي فِي العين حقاً مقصوداً أَيْضَاً وَهُوَ الملك، وجانب الغائب بيعٌ ووسيلةٌ، فأمَّا الغريم فَلَا يَدَّعِي فِي العين حقاً مقصوداً، بَلْ تبعاً لما يتوجه عَلَى الغائب فاعتبرنا ما هُوَ المقصود فِي البابين، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

٣٠- كِتَابُ الغَصْبِ



١٠١٦- مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ غَصَبَ عَبْدَاً فباعَه فضمَّنه الْمَوْلَى قيمته؛ قَالَ: بِيعُهُ جَائِزٌ، وإِنْ كَانَ أَعْتَقَهُ ثُمَّ ضَمَّنَهُ الْمَوْلَى القِيمَةَ لَمْ يَجُزْ العِتْقُ.

والفرق بينهما أنَّ الغصب عدوانٌ، وَلَيْسَ بسـببٍ مشروعٍ للملك، وَإِنَّمَا صَارَ سـبباً ضرورة القضاء بالضمان، فاستند كونه سـبباً إِلَى وقت الغصب، ولما استند السبب ثبت ضرورةً مِنْ وَجْهٍ دون وجهٍ قصر الحكم وَهُوَ المِلك لَا محالة، وقصر السبب أَيْضَاً فاحتمل توقف البيع ونفاذه كمِلك الْمُكَاتَب، وَلَمْ يحتمل توقف العتق ونفاذه كمِلك الْمُكَاتَب.

١٠١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ غُصِبَ فَلَمْ يُقدَّرْ عَلَى مِثْلِهِ مِمَّا يُكالُ أَوْ يُوزَنُ فعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يوم يَخْتَصِمُونَ. وإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يومَ غَصْبِهِ. وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ ﵀ أَنَّهُ اعْتَبَر قِيمَةَ الْمُثْلِي يَوْمَ الغَصْبِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ وَزُفَرَ ﵄ يَوْمَ الانْقِطَاعِ.

والجواب الظاهر ما ذكره عن أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، والاختلاف فِي النوادر.

أَمَّـا الَّذِي لَا مثل لَـهُ فَإِنَّهُ مضمونٌ بقيمته بالغصـب، إِلَّا أنَّ الرد واجبٌ، فَإِذَا انقطع الرد كَانَ عَلَيْهِ قيمته من يوم الغصب فاعتُبرت قيمته يَوْمَئِذٍ.

وَأَمَّـا ما لَهُ مثلٌ فَإِنَّهُ مضمونٌ بالمثـل، وَإِنَّمَا يُصار إِلَى القيمة إِذَا انقطع الحق عن المثل، ثُمَّ اختلفوا فِي ذَلِكَ:

فوجـه قول محمد وزفر رحمهما الله: أَنَّ المثلي إِذَا انقطع مثله صَارَ بالانقطاع ملحقاً بِمَا لَا مثل لَهُ، فينتقل إِلَى القيمة بالانقطاع.

وجـه قول أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله: أَنَّ المثل فِيمَا لَهُ مثلٌ أحـق من القيمة بِمَنْزِلَةِ ردِّ العين فِيمَا لَا مثل لَهُ.

ثُـمَّ إِذَا انقطـع الرد وجبت القيمة من يوم الغصـب، وَكَذَلِكَ إِذَا انقطع المثل وجبت القيمة من يوم الغصب.

ووجـه قـول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ الحـق إِنَّمَا ينتقل عن المثـل إِلَى القيمة يوم الخصومة فوجب اعتبار القيمة من يَوْمَئِذٍ، كما قلنا فِي ولد المغرور أَنَّهُ تُعتبر قيمته يوم الخصومة [فوجب اعتباره][1] لِأَنَّ الحق ينتقل يَوْمَئِذٍ فَكَذَلِكَ ههنا.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ الحق باقٍ فِي المثل مع الانقطاع لاحتمال عود المثل.

أَلَا تَـرَى أَنَّ القَاضِي لو لَمْ يقض بقيمته حَتَّى عـاد أوانُ المثل، ثُمَّ اختصموا إِلَيْهِ فَإِنَّهُ يَقْضِي بالمثل.

فَـإِذَا اختصمـوا قبل عود أوانِـه كَانَ لَهُ حق النقـل إِلَى القيمـة، فَصَارَ النقل بالقضاء يوم الخصومة فاعتبر يَوْمَئِذٍ، كما قلنا فِي ولد المغرور أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ العَبْد فِي حق المستحق، وَهُوَ أمانةٌ بِمَنْزِلَةِ ولد المغصوبة.

فَإِذَا خاصمه المسـتحق صَارَ المغـرورُ[2] مانعاً لَهُ باعتبـار حقه فِي الحرّية، فاعتُبر الحق منتقلًا إِلَى القيمة عن العين يوم الخصومة، فَكَذَلِكَ ههنا.

---

(١) فِي ب

(٢) هكذا فِي الأصل، ولعله الغرور، فلينظر

وكـذا الجواب فِيمَا لَا يكال وَلَا يوزن لَكِنَّهُ من العدديات المتقاربة، لِأَنَّهُ من ذوات الأمثال فِي ضمان العدوان(١).

١٠١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِيمَنْ غَصَبَ سَـاجَةً فَأَدْخَلَهَـا فِي بِنَائِـهِ؛ قَالَ: هَذَا اسْـتِهْلَاكٌ، لَيْـسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَـا لَكِنَّهُ يُضمِّنُ الغَاصِبَ القِيمَةَ.

هَذَا عندنا.

وَقَالَ الشـافعي ﷺ: يأخذها وينقض البناء، وجه قولَهُ: أَنَّ الغاصب متعدٍ فَلَا ينقطع بتعدية حق المالك، كما لو غصب إبريسماً وخاط بِهِ بطن عبده.

وَإِنَّمَـا قلنا هَذَا لِأَنَّـهُ قائمٌ بملكه مركبٌ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ لو بَاعَ دَاراً وهذه السـاجة موضوعةٌ فِيهَا لَمْ تدخل فِي البيع حَتَّى إِذَا استُحقت لَمْ يُخير الْمُشْتَرِي.

وَلَوْ أدخلها فِي بنائه [ثُمَّ بَاعَهُ](٢) دخلت فِي البيع حَتَّى إِذَا استحقت، ونقض البناء عَلَى مذهب الشافعي ﷺ خيّر الْمُشْتَرِي وتسقط حصتها(٣) من الثَّمَن عنده.

وَإِنَّمَا افترقا عَلَى قياس قولَهُ لما قلنا أَنَّهُ صَارَ تبعاً، ولما صَارَ تبعاً بعد أن كَانَ أصلًا صَارَ مستهلكاً فِي التقدير فَلِذَلِكَ سماه استهلاكاً.

---

(١) فِي ب: المعدود

(٢) فِي ب

(٣) فِي الأصل حصته.

والجواب: أنَّ الحق لَا يَنْقَطِعُ بالتعدي عندنا بَلْ بكونه تبعاً.

وَاحْتَجَّ بعض أصحابنا[1] رحمهم الله بقولَهُ: (أدخلها فِي بنائه) عَلَى أنَّ صورة هَذِهِ المسألة فِيمَا إِذَا أدخلها فِي وسط بنائه أَوْ أسفله، فأمَّا إِذَا كَانَ فِي أعلاه مركباً لَا مؤنة فِي نزعها يجب أن لَا يَنْقَطِعُ حق المالك عَنْهَا، وههنا سلكوا طريقة الضرر.

وقالوا فِي الساحة يُبنى عَلَيْهَا: إنَّ حق المالك إِنَّمَا لَا يَنْقَطِعُ إِذَا كَانَتْ قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء، فأمَّا إِذَا كَانَتْ أقل من قيمته وجب أن ينقطع.

وَأَمَّا مشايخنا رحمهم الله فإنَّهم سلكوا طريقة التبعية والأوصاف، وَلَمْ يفصلوا بين الأعلى والوسط والأسفل، وقالوا فِي الساجة أنَّها ترد وتنقض [البناء][2] بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بتابعةٍ بَلْ هِيَ أصلٌ بِكُلِّ حَالٍ.

١٠١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَغْصِبُ الغُلَامَ أَوْ الأَرْضَ فَيُؤاجِرَ الغُلَامَ وَيَأْخُذُ غَلَّتَهُ، وَقَدْ نَقَصَتْهُ الغَلَّةُ، أَوْ يَزرَعَ الأَرْضَ كُراً فَيَنْقُصُهَا وَيَخْرُجُ ثَلَاثَة أَكْرَارٍ؛ قَالَ: يَأْخُذُ رَأْسَ مَالِ الكر وَمَا أَنْفَقَ، وَالنقْصَانَ مِنْ الأَرْضِ، وَيضْمَنُ النُّقْصَانَ مِنْهُمَا جَمِيْعَاً، وَيَتصدَّقُ بِالفَضْلِ.

أَمَّا إِذَا آجر الغلام فإِنَّ الأجر لِلْغَاصِبِ عندنا.

وَقَالَ الشافعي رحمه الله: للمالك[3]، ويرجع هَذَا الَى أنَّ المنافع أموالٌ متقَومةٌ

---

(١) فِي ب: مشايخنا

(٢) فِي ب

(٣) قَالَ الإمام البدر العيني فِي البناية شرح الهداية: (قَالَ: ومن غصب عبدا فاستغله) =

عنـده، وَلَهُا حكم الوجود والملك، فيكون بدلها كثمـن العين وقيمته، هَذَا مذهبه فَلِذَلِكَ صَارَ لَهُ.

وَأَمَّا عندنا: فَلَيْسَ لَهَا حكم الوجود قبل أوانها وَلَيْسَ لَهَا صفة التقوم والمالية، وَإِنَّمَـا ثبت ذَلِكَ كله مضافاً إِلَى فعل الغاصب حكماً فِي الشـرع، وإنْ كَانَ خالقها هُوَ الله فَصَارَ هُوَ أولى بِهِ، فأمَّا التصدق فواجبٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: هُوَ طيبٌ لَهُ، وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ: (نَهَى عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ)[1].

[وَهَـذَا مضمونٌ بِالْإِجْمَاعِ][2]، فَقَدْ أدار ذَلِكَ عَلَى الضمان، فثبت بِهِ أَنَّ ربح المضمون طيبٌ، وَهَذَا فرع مسألة المودع إِذَا تصرف فِي الوديعة فربح.

وأَبُو حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله قالا: أَنَّهُ مستفادٌ بسببٍ خبيثٍ، والحكم يثبت مضافاً إِلَى سببه فَلَا بُدَّ من أن يثبت الخُبث بحكم ذَلِكَ السبب.

= ش: هَذَ الفظ الصدر الشهيد حسام الدين فِي «الجامع الصَّغِير»، ومعنى استغله أجره وأخذ الأجرة م: (فنقصته الغلة) ش: أي العمل فِي الإجارة جعله مهزولا. وَفِي «المبسـوط»: لَمْ يذكـر نقـص الغلة م: (فعَلَيْهِ النقصان لما بينا) ش: أي عنـد قولَهُ: لأنه دَخَلَ جميع أجزائه فِي الضمان بالغصب، ويجوز أن يكون بيانا، ويجوز أن يكون إشـارة إِلَى قولَهُ: لأنه أتلف البعض والغلة لِلْغَاصِبِ. ١١/ ١٩٨

وَقَالَ الشـافعي، وأحمد، ومالك – رحمهم الله – لأن الأجر عوض للمنافع المملوكة لرب العَبْد فَلَمْ يملكها الغاصب

(١) رواه النسـائي برقـم/ ٦٢٢٦/ ، وابن حبان برقـم/ ٤٣٢١/ ، والبيهقي فِـي الكبرى برقم /١٠١٩٩/.

(٢) فِي ب

أَلَا تَرَى أَنَّ الربح يخبُث عند عدم الضمان؟

وَإِنَ وجـد الملك وَهُوَ كسـب المبيع قبل القبض، فـلأن يخبُث بعدم الملك أحرى[١]، والحديث حجةٌ لنا، لِأَنَّ عدم الملك فَوْق عدم الضمان فوجب قياسه بِهِ.

وَأَمَّـا إِذَا زرع الأرض فنقَّصتها الزراعة ضمن النقصان بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ إتلافٌ والعقار يضمن بالإتلاف.

وَكَذَلِـكَ فِي مسـألة العَبْـد يضمن النقصـان أَيْضَاً، ويطيب قـدر المضمون بِالْإِجْمَـاعِ، لِأَنَّ التحريـم ورد فِي الربح، والمضمون لَيْسَ بربـحٍ، ويطيب لَهُ قدر البذر فِي مسـألة الزراعـة أَيْضَاً، لِأَنَّهُ لَيْسَ بربحٍ، فأمَّا الفضـل فيتصدق بِهِ لما قلنا، وَهَذَا لَا يُشكل عَلَى قولَهُما.

فأمَّـا عند أَبِي يُوسُـفَ ﷺ فـإِنَّ عَلَى قولَـهُ الْأَوَّل: العقـار يُضمن بالغصب كالمنقول فيطيب لَهُ الربح، وَعَلَى قولَهُ الآخر: لَا يضمن العقار فَلَا يطيب لَهُ الربح لعدم الملك والضمان جَمِيْعَاً.

١٠٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يَغْصُبُ العَبْدَ فَيُغَيبُـهُ ثُمَّ يَـأْتِي صَاحِبُ العَبْدِ فَيُقِيـمُ البَيِّنَةَ عَلَى قِيمَتِـهِ [فَيُضمِّنُهُ القَاضِي ذَلِـكَ][٢] ثُمَّ يَظْهَرُ، فَهُوَ لِلْغَاصِبِ، وَلِلمَغْصُوبِ مِنْـهُ قِيمَتُهُ، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ لَهُ

(١) فِي ب: أولى

(٢) فِي ب

بَيِّنَةٌ فَضَمَّنَ الغَاصِبَ القِيمَةَ [وَقَبضَهَا مِنْهُ، ثُمَّ ظَهَرَ العَبْدُ فَالْمَوْلَى بِالخِيارِ][1] إِنْ شَاءَ سَلَّمَ لَهُ القِيمَةَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَأَخَذَ العَبْدَ.

وأصـل هَذَا انَّ المضمونـات بالغصب تملك عند أداء الضمان مسـتنداً إِلَى وقت الغصب، فيملك بالغصب عندنا.

وَقَالَ الشـافعي ﵁: لَا يَمْلِك بالغصب، لِأَنَّ الغصب تعدٍّ محضٌ فَلَا يستفاد بِهِ المِلك للمتعدي، كما قلنا فِي غصب المدبَر.

وجه قولنا: إنَّ بدل مال الْمَوْلَى قَدْ سـلم لَهُ وتوفر عَلَيْهِ، وماله محتملٌ للنقل فوجـب أن ينتقـل، كما قلنا فِي عبد بيـن اثنين أعتقه أحدهما وَهُوَ موسـرٌ فضمن نصيب صاحبه أَنَّهُ يملكه لما قلنا.

والجـواب: أنَّ الغصب مع[2] كونه تعديـاً أوجب الملك فِي البدل، والملك فِـي المبـدل تبعٌ لَهُ، فَإِذَا ثبت هَـذَا قلنا إن أَخَذَ القيمة كَانَتْ عَلَـى وجهين إِذَا كَانَ المغصوب مِمَّا لَا مثل لَهُ:

أحدهمـا: أَنْ يَأْخُذَ عَلَى قول نفسـه بأن زعـم أنَّ القيمة كَانَتْ أَلْفاً فسـاعده عَلَيْهَا الغاصب، أَوْ جَحَدَ فزعم أَنَّها خمسـمائة فأقام المالك البينة بِذَلِكَ، أَوْ حُلِّف الغاصب فنكل فقضي عَلَيْهِ بالألف، فإن ظهر العَبْد فَلَا سبيل للمغصوب مِنْهُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لمَّا أَخَذَ القيمة كما ادَّعَى فَقَدْ تم الرضا مِنْهُ بالتمليك، وعند تمام الرضا سقط الخيار كما فِي البيع.

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: فِي

والوجـه الثَّانِـي: أن يأخذها عَلَى قـول الغاصب بأن لَمْ يَكُنْ لَـهُ بينةٌ فحلَّف الغاصب فحلف وأخذ خمســمائة، ثُمَّ ظهر العَبْد فالْمَوْلَى بالخيار، إِنْ شَاءَ أمضى ذَلِـكَ التمليك، وَإِنْ شَـاءَ نقضه، لِأَنَّهُ لما أَخَذَ القيمــة عَلَى ما قَالَ الغاصب لَمْ يتم رضاه بتمليك العَبْد، وَإِذا لَمْ يتم الرضا وجب الخيار.

كما قلنا فِيمَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يره، أَوْ اشْتَرَى شَيْئاً فوجد بِهِ عيباً أَنَّهُ يخير، إِنْ شَاءَ أمضاه وَإِنْ شَاءَ نقضه لما قلنا، فَكَذَلِكَ ههنا.

١٠٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ غَصَبَ رَجُلَاً أَلْفَ دِرْهَم فَاشْـتَرَى بِهَا جَارِيَةً تُسَـاوِي أَلْفَينِ، ثُمَّ بَاعَهَا بِثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ، كَـمْ يَتَصَدَّقُ؟ قَالَ: يَتَصَدَّقُ بِالربْحِ كُلِّهِ، فَـإِنْ وَهَبَهَا أَوْ كَانَ طَعَامَاً فَأَكَلَهُ لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ.

وأصل هَذَا انَّ المودَع أَوْ الغاصبَ إِذَا تصرف فربح تصدق بِهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ.

وعند أَبِي يُوسُفَ ﷺ لَا يتصدق بِهِ، وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُفَ ﷺ بأَنَّ الربح حصل عَلَى ملكه وضمانه فيطيب [لَهُ](١) كالمبيع يُكتسب بعد القبض.

أَمَّا الضمان فَلَا يُشكل، وَأَمَّا الملك فلأَنَّه يملكه من وقت التعدي إِذَا ضمن.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ أَنَّ الربح إِنَّمَا يطيب بالضمان والملك جَمِيْعَاً، وَلَوْ دَخَلَ الخللُ فِي الضمان لَمْ يطب، فَكَذَلِكَ فِي الملك.

---

(١) فِي ب

وَإِنَّمَـا قلنا هَذَا لِأَنَّ النَّـص ورد فِي الضمان، والملك فوقه فيُقاس[١] بِهِ، وَقَدْ دَخَلَ الخلل ههنا فِي المِلك، لِأَنَّ التعدي لَيْسَ من أسباب الملك، وَإِنَّمَا يصير سبباً بطريق الإسـناد، فَلَا بُدَّ من أن يتردد المِلك فتثبتُ شـبهة عـدم المِلك، والتصدق حكمٌ يبتني عَلَى الشبهات، وَهَذَا واضحٌ فِيمَا يتعين بالإشارة إِلَيْهِ، فأَمَّا فِي الدَّرَاهِم وَالدَّنَانِير فَقَدْ ذكر فِي الْكِتَاب إِذَا اشْتَرَى بِهَا فَإِنَّهُ يتصدق بالربح، وظاهر هَذِهِ العبارة يدل عَلَى أَنَّهُ أراد بِهِ إِذَا أشار إليها ونقد فِيهَا.

وكان الكرخي ﷺ يقول فِي هَذِهِ المسألة: إنَّ ذَلِكَ عَلَى أوجه[٢]: إمَّا أن يشير

(١) فِي ب: يعتبر

(٢) قَالَ الإمام المحقق ابن عابدين الحنفي الدمشقي: مطلبٌ إِذَا اكتسبَ حراما ثمَّ اشْتَرَى فهوَ عَلَى خمسةِ أوجهٍ:

(قولَهُ اكتسبَ حراما إلخ) توضيحُ المسألةِ ما فِي التَارخانيَة حيثُ قالَ: رجلٌ اكتسبَ مالا منْ حرامٍ ثمَّ اشْتَرَى فهذا عَلَى خمسةِ أوجهٍ:

- إمَا إنْ دَفَعَ تلكَ الدَّرَاهِم إِلَى البائعِ أوَلا ثمَّ اشْتَرَى منهُ بِهَا.
- أوْ اشْتَرَى قبلَ الدَفعِ بِهَا ودفعها.
- أوْ اشْتَرَى قبلَ الدَفعِ بِهَا ودفعَ غيرها.
- أوْ اشْتَرَى مطلقا ودفعَ تلكَ الدَّرَاهِم.
- أوْ اشْتَرَى بدراهمَ أخرَ ودفعَ تلكَ الدَّرَاهِم.

قـالَ أبو نصـرٍ: يطيبُ لهُ وَلَا يجبُ عَلَيْهِ أنْ يتصدَقَ إلَا فِي الوجهِ الأوَلِ، وإليهِ ذهبَ الفقيهُ أبـو اللَيثِ، لكنْ هَذَا خـلافُ ظاهرِ الروايةِ فَإِنَّهُ نصَّ فِي الجامـعِ الصَغيرِ: (إِذَا غصبَ ألفا فاشْتَرَى بِهَا جاريةً وباعها بألفينِ تصدَقَ بالربحِ).

وقـالَ الكرخيُّ: فِي الوجهِ الأوَلِ والثَانـي لَا يطيبُ، وَفِي الثَّلَاث الأخيرةِ يطيبُ، وقالَ أبو بكرٍ: لَا يطيبُ فِي الكلِّ، لكنْ الفتوى الآنَ عَلَى قولِ الكرخيِّ دفعا للحرجِ عنْ النَاسِ اهـ. =

إليها وينقدها، وإمَّا أن يشير إليها، وينقد من غيرها، وإمَّا أن يطلق إطلاقاً فينقد مِنْهَا، أَوْ يشير إِلَى غيرها وينقد مِنْهَا، وَفِي كل ذَلِكَ يطيب لَهُ، إِلَّا أن يشير إليها وينقد مِنْهَا.

[قَالَ][1]: لِأَنَّ الإشارة إليها لَا تفيد التعيين، فيستوي وجودها وعدمها إِلَّا أن يتأكد بالنقد مِنْهَا.

وَقَالَ مشايخنا رحمهم الله: بَلْ لَا يطيب بِكُلِّ حَالٍ أن يتناول من المشترى قَبْلَ أَنْ يضمن، وبعد الضمان لَا يطيب لَهُ الربحُ بِكُلِّ حَالٍ، وإطلاق الجواب ههنا، وَفِي المضاربة.

وَفِي الجامع الكبير دليلُ هَذَا القول، وَهُوَ المختار.

وحاصله: أَنَّهُ مَتَى استفاد بالحرام مِلكاً من طريق الحقيقة أَوْ الشبهة ثبت الخُبث وَقَدْ لَا يثبُت فِي الدَّرَاهِم إِلَّا الشبهة، لِأَنَّهُ إِذَا أشار لَمْ يتعين إِلَّا فِي حكم جواز العقد لمعرفة النقد والمقدار.

وَإِذَا نقد استفاد بِهِ سلامة المشترى، فأمَّا أن يصير عينها عوضاً فَلَا يثبت أَنَّهُ لَا يثبت إِلَّا الشبهة.

وَإِذَا أشار وَلَمْ ينقد فَقَدْ استفاد بالإشارة جواز العقد، وَإِذَا نقد وَلَمْ يُشر فَقَدْ

= وَفِي الولوالجيَةِ: وقالَ بعضهمْ: لَا يطيبُ فِي الوجوهِ كلِها، وَهُوَ المختارُ، ولكنْ الفتوى الْيَوْم عَلَى قولِ الكرخيِّ دفعا للحرجِ لكثرةِ الحرامِ اهـ.

وَعَلَى هَذَا مشى المصنِفُ فِي كتابِ الغصبِ تبعا للدُررِ وغيرها. رد المحتار ٥/ ٢٣٥

(١) فِي ب

استفاد بِهَا سلامة المشترى فتمكنت الشبهة بِكُلِّ حَالٍ، ولما استوت الوجوه فِي الشبهة استوت فِي الخبث والحرمة.

والدليل عَلَى ذَلِكَ: أَنَّهم قالوا فِي رَجُلٍ بَاعَ عَبْدَاً بيعاً فَاسِدَاً بِأَلْفِ دِرْهَم فقبضها وربح فِيهَا أَنَّهُ لَا يلزمه التصدق بِشَيْءٍ، وصاحب العَبْد يتصدق لِأَنَّهُ لَا يثبت فِي الدَّرَاهِم فِي غَيْرِ المِلك إِلَّا الشبهة، وحال المِلك أقوى، وَلَيْسَ وراء الشبهة ما يصلح مُحْرِمَاً فيثبت أَنَّ الحرمة لَا تثبت إِلَّا بطريق الشبهة، والوجوه سواءٌ فِي الشبهة فاستوت فِي الخبث والحرمة، فَإِذَا ثبت هَذَا قلنا: إِذَا استهلك الْجَارِيَة بالهبة أَوْ الطعام بالأكل لَمْ يتصدق بِشَيْءٍ، لِأَنَّ الربح لَا يتبين إِلَّا عند اتحاد الجنس، ولأَنَّ الخبث ثابتٌ بالشبهة، والشبهة تعمل فِي التصدق لَا فِي التضمين، وَلَوْ ثبت التصدق بعد الاستهلاك لَمْ يثبت إِلَّا بواسطة التضمين وَلَا سبيل إِلَى التضمين.

١٠٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَغْصِبُ الأَمَةَ فَيزْنِي بِهَا ثُمَّ يَرُدُّهَا، فَتَحْبَلُ فَتَلَدُ فَتَمُوت فِي نِفَاسِهَا بَعْدَ مَا يَرُدُّهَا؛ قَالَ: هُوَ ضَامنٌ لِقِيمتِهَا يَوْمَ عَلقتْ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الحُرَّةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الأمة أَيْضَاً إِذَا مَاتَت فِي نِفَاسِهَا بَعْدَ مَا رَدَّهَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وجه قولَهُما: أَنَّ التلف حصل مضافاً إِلَى سببٍ حصل عند المالك بعد صحة الرد مِنْ الْغَاصِبِ، فوجب لَهُ البراءة مطلقةً، كما إِذَا بَاعَ أمةً قَدْ وُطئت فحملت وولدت

عند الْمُشْتَرِي ومَاتَت فِي نفاسها أَنَّهُ لَا يَرْجِع عَلَى البَائِع بِشَيْءٍ، فَكَذَلِكَ ههنا.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِإنَّ العلوق والحبل لَيْسَ يسبب التلف، وَإِنَّمَا يسبب[1] الولادة وَمَا يتصل بِهَا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ الرد لَمْ يَصِحَّ فَلَا يبرأ كما إِذَا جنت عنده فردها ثُمَّ قُتلت بتلك الْجِنَايَة عند المالك أَوْ أُخذت رقبتها بأَنْ كَانَتْ الْجِنَايَة خطأً أَنَّهُ يَرْجِع بقيمتها عَلَيْهِ كأَنَّه لَمْ يردها حَتَّى هلكت عنده، فَكَذَلِكَ ههنا.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الردَّ إِنَّمَا يصح إِذَا كَانَ مثل الأخذ من جميع الوجوه، والأخذ وجد وَهِيَ فارغةٌ لَيْسَ بِهَا ما يحتمل أن يفضي إِلَى التلف، والردُّ وجد وَهُوَ متردد يحتمل أن يُفضي إِلَى التلف، فَإِذَا تحقق التلف من ذَلِكَ الوجه ظهر أَنَّ الرد لَمْ يَصِحَّ، كما فِي مسألة الْجِنَايَة.

والجواب: أَنَّ الولادة من ضرورات العلوق فيجوز أن يُنسب إِلَيْهِ وَهُوَ طريق بعض مشايخنا رحمهم الله لأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَعَلَى هَذَا الطَّرِيق لَا نُسلِّم مسألة البيع.

وَعَلَى الطَّرِيق الْأُولَى: وَهُوَ بطلان الردّ نُسلم مسألة البيع، لِأَنَّ ثمَّة الواجب عَلَى البَائِع التسليم لَا الردُّ، والتردد يمنع صحة الرد وَلَا يمنع صحة القبض والتسليمِ المبتدأ.

فأَمَّا الحرة إِذَا زنى بِهَا رجلٌ وَهِيَ مكرهة فحبلت ثُمَّ ولدت ومَاتَت فِي نفاسها لَمْ يَضْمَنْ الزاني شَيْئاً لِأَنَّ الحرة لَا تُضمن بِالْأَخْذِ ليبقى عند فساد الرد ضمان الأخذ.

وَهَذَا الفصل إِنَّمَا يخرج عَلَى الطريقة الْأُولَى، فأَمَّا عَلَى الطريقة الثانية فَلَا،

---

(١) فِي الأصل يشبه.

لِأَنَّ ذَلِكَ بمعنى الإتلاف عَلَى الطريقة الثانية، إِلَّا أن تُحمل مسألة الحرة عَلَى الطواعية، وَلَا تفصيل فِي الْكِتَاب، وَلَهُذا اختار أكثر مشايخنا رحمهم الله الطريقة الْأُولَى من هَذِهِ المسألة.

١٠٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي الْمُسْلِمِ يَغْصِبُ [مِنْ][1] الْمُسْلِمِ الخَمْرَ فَيُخللها، أَوْ جَلْدِ المَيتةَ فَيَدْبَغُهُ؛ قَالَ: لِصَاحِبِ الخَمْرِ أَنْ يَأْخُذَ الخل بِغَيْرِ شيءٍ، وَأَمَّا جلد الميتة فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ ويرد عَلَى صاحبه ما زَادَ الدباغ فِيهِ.

قَالَ مشايخنا رحمهم الله: أَمَّا التخليل فعلى ثَلَاثَة أوجه: إِمَّا أن يُخللها بالنَّقل من الظل إِلَى الشَّمْس ومن الشَّمْس إِلَى الظل، أَوْ بملح يلقيه فِيهَا، أَوْ بخل يصبه فِيهَا.

أَمَّا بالنقل فإنَّ الخل لصاحبها وَلَا شيء عَلَيْهِ، لِأَنَّ الخمر عندنا نجس العين بِمَنْزِلَةِ البول إِلَّا فِي حكم قبول الزوال فَإِنَّهُ جَعَلَ بِمَنْزِلَةِ المجاور شرعاً، هَذَا حكم الشرع بِالْإِجْمَاع، فَصَارَ التخليل عَلَى هَذَا بمَنْزِلَةِ الغسل، فَلَا يُضاف إِلَيْهِ التقوم والمالية، بَلْ كَانَ بِمَنْزِلَةِ الإظهار، فَلِذَلِكَ صَارَ صاحب الخمر أحقَّ بالخل.

أَمَّا إِذَا خللها بخلٍ يصبه فِيهَا، فعن محمد رحمه الله أَنَّهُ قَالَ: إن صَارَتْ خلًا من ساعته كَانَ ذَلِكَ استهلاكاً فيصير ملكاً لِلْغَاصِبِ وَلَا شيء عَلَيْهِ.

أَمَّا إِذَا صبَّ فِيهَا خلًا قليلًا فَلَمْ يصر خلًا إِلَّا بعد زمانٍ فَهُوَ بينهما عَلَى مقدار كيلهما، لِأَنَّهُ لَمْ يصر استهلاكاً بَلْ صَارَ فِي التقدير خلطاً للخل بالخل.

---

(١) فِي ب

وَعَلَى قياس قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ إِذَا صَارَتْ خلًا فِي الحال: فَهُوَ لِلْغَاصِبِ وَلَا شيء عَلَيْهِ، وَإِنَ صَارَتْ خلًا بعد زمانٍ فَكَذَلِكَ عَلَى قولَهُ، لِأَنَّ نفس الخلط استهلاك عنده.

فأمَّا إِذَا خللها بملح ألقاه فِيهَا فعلى [قياس][1] قول أَبِي يُوسُفَ ومحمد ﷺ: يأخذه المالك ويعطي الغاصب ما زَادَ الملحُ فِيهِ، بِمَنْزِلَةِ دِباغ الجلد وصبغ الثوب، وَإِنَ أراد تركه وتضمينه لَمْ يَكُنْ لَهُ حق التضمين فِي رواية.

وَفِي روايةٍ لَهُ ذَلِكَ قياساً بجلد الميتة عَلَى ما نبين إِنْ شَاءَ الله تَعَالَى.

وَأَمَّا عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فإِنَّ ذَلِكَ صَارَ ملكاً لِلْغَاصِبِ وَلَا شيء عَلَيْهِ، فيكون جواب الْكِتَاب محمولًا عَلَى الفصل الْأَوَّل.

فأمَّا جلد الميتة فإن دبغه بِشَيْءٍ لَا قيمة لَهُ أخذه صاحبه وَلَا شيء عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مالٌ متقومٌ لِلْغَاصِبِ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ غسل الثوب فِي الشرع أَيْضاً فَصَارَ إظهاراً للمالية والتقوم.

وَأَمَّا إِذَا دبغه بِشَيْءٍ متقومٍ أخذه صاحبه وأعطاه ما زَادَ الدباغ فِيهِ، لأنَّا لما جعلنا دباغه بِمَنْزِلَةِ إظهار المالية صَارَ بِمَنْزِلَةِ الذكيِّ فِي حق الزيادة، فنظرنا إِلَى قيمته ذكياً وإلى ما زَادَ عَلَيْهِ فضمَّناه الزيادة.

فإن أراد تركه عَلَيْهِ وتضمينه لَمْ يَكُنْ لَهُ تضمينه عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، لِأَنَّهُ لما تركه فَقَدْ عجز الغاصب عن رده فَصَارَ كعجزه بالاستهلاك.

وَقَالَ بعضهم فِي قولَهُما: أَنَّهُ يضمنه قيمة جلدٍ ذكيٍّ غير مدبوغٍ، وَذَلِكَ مذكور فِي بعض نسخ المبسوط لما ذكرنا أنه ملحق بالذكيِّ.

---

(١) فِي ب

وَقَـالَ بعضهم: بَلْ يضمنـه قيمة جلدٍ مدبوغٍ ويعطيه ما زَادَ الدباغ فِيهِ كما فِي مسألة الاستهلاك، وَإِنَ استهلكها الغاصب ضمن الخل، وَلَمْ يضمن الجلد.

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ومحمـد ﷺ: يضمنه قيمة الجلد مدبوغـاً، ويعطيه ما زَادَ الدباغ فِيهِ.

أَمَّا مسألة الخل فمحمولةٌ عَلَى ما إِذَا خللها مِنْ غَيْرِ خلطٍ عَلَى ما بينا، فيكون قَدْ اسـتهلك مَـالاً خالصاً للمغصـوب مِنْهُ [فيضمـن][1] وَلَمْ يذكـر ماذا يضمن، والظاهر أَنَّهُ يضمن المثل، لِأَنَّهُ مثلي إِلَّا أَنْ يَكُونَ من نوعٍ لَا يوجد لَهُ مثل فِي تلك المواضع فيجب قيمته.

وَأَمَّـا إِذَا اسـتهلك الخل فِي سـائر الفصول فإِنَّ ذَلِكَ بنـاءً عَلَى ما ذكرنا من جواب كل فصلٍ.

وَأَمَّا إِذَا اسـتهلك جلد الميتة، فإن دبغه بِشَيْءٍ لَا قيمة لَهُ ضمن قيمته مدبوغاً لما قلنا، وَإِنَ دبغه بِشَيْءٍ متقوم ثُمَّ استهلكه لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: يضمن قيمته مدبوغاً ويعطيه ما زَادَ الدباغ فِيهِ.

وجـه قولَهُما: إِنَّ الجلد مالٌ متقومٌ للمالك فيضمنه الغاصب بالإتلاف، كما قلنا فِي الذكيِّ إِذَا دبغه ثُمَّ أتلفه، وكما قلنا فِي الثوب إِذَا صبغه ثُمَّ أتلفه، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لما بينا أَنَّ الدباغ بِمَنْزِلَةِ الغسل.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو دبغه بِشَيْءٍ لَا قيمة لَهُ ثُمَّ أتلفه ضمنه مدبوغاً؟ وَكَذَلِكَ إِذَا خلل الخمر ثُمَّ أتلفه ضمنه.

---

(١) فِي ب

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ هَذِهِ العين محبوسـةٌ عنده ببدلٍ استحقه عَلَيْهِ، فَـلَا يكون مضمونـاً عَلَيْهِ بقيمته إِذَا أتلفه، بَلْ يكون مضمونـاً بِذَلِكَ البدل كالمبيع فِي يَدِ البَائِع.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ مالية الجلد وتقومه تابعٌ لما زَادَ الدباغ، لِأَنَّ ظهور المالية مضـافٌ إِلَـى الدباغ وَلَا تضاف ماليـة الدباغ إِلَى مالية الأصل بوجـهٍ، وَإِذَا كَانَ ما زَادَ الدباغ مضموناً بِشَـيْءٍ كالبائع ملحقاً بِهِ، فَلَا يلـزم إِذَا دبغه بِمَا لَا قيمة لَهُ، لأن المتبوع لَمْ يوجد.

وقولَهُمـا [فِي الْكِتَاب][(١)]: (يضمن قيمة الجلد مدبوغاً ويُعطيه ما زَادَ الدباغ فِيهِ) إِنَّمَا يستقيم إِذَا كَانَ الجنس مختلفاً.

فأَمَّا إِذَا كَانَ الجنسُ واحداً فَلَا فائدة أن يضمن لَهُ خمسـة عشـر درهماً أعني الغاصب، ويأخذ مِنْهُ خمسة.

وَإِنَّمَا معنى ذَلِكَ بيان قيمة مال المغصوب مِنْهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ذكياً متقوماً قبل الدبـاغ ليُعتبـر ذَلِكَ، فَإِذَا عرفت قيمتـه مدبوغاً نظرت إِلَى قيمته لـو كَانَ ذكياً غير مدبوغٍ فيطرح ذَلِكَ مِنْ الْغَاصِبِ ويعطى الباقي.

❁ ❁ ❁

---

(١) فِي ب

[بَابٌ فِي الرَّجُلِ يَغْصِبُ شَيْئاً فَيَبِيعُهُ أَوْ يَبِيعُ عَبْدَ غَيرِهِ]

١٠٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ غَصَبَ عَبْدَاً فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ البَيْعَ؛ قَالَ: العِتْقُ جَائِزٌ.

فإن قطعت يد العَبْد وَلَمْ يعتقه الْمُشْتَرِي فالبَيْعُ جَائِزٌ، والأرش لِلْمُشْتَرِي ويتصدق بِمَا زَادَ مِنْهُ عَلَى نصف الثَّمَن، وَلَوْ كَانَ لَمْ تقطع يده لكن الْمُشْتَرِي بَاعَهُ ثُمَّ أجاز الْمَوْلَى البيع الْأَوَّل لَمْ يجزِ البيع الثَّانِي.

هَذَا الفصل تضمن وجوهاً ثَلَاثَة:

الْأَوَّل: أنَّ إعتاق الْمُشْتَرِي ينفذ إِذَا أجاز الْمَوْلَى البيع، وَهَذَا استحسان، وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَيْضاً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: هُوَ باطلٌ.

وَقَدْ ذكرنا فِي أول الْكِتَاب أنَّ أبا يُوسُفَ ﷺ أنكر رواية محمدٍ ﷺ جواب هَذِهِ المسألة عَنْهُ، واعتمد مشايخنا ﷺ رواية محمدٍ ﷺ.

روى أبو سليمان عن أَبِي يُوسُفَ عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ لَا ينفُذ.

وجه قول محمد ﷺ وَهُوَ القياس: أنَّ هَذَا الإعتاق توقف عَلَى إجازة مالكٍ ظاهر المِلك يريد المغصوب مِنْهُ، فَلَا يتوقف عَلَى إجازة مالك لَمْ يظهر ملكه، كما قلنا فِيمَنْ بَاعَ عَبْدَاً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَأَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ سقط الخيار.

وجه الاستحسان: أنَّ الإعتاق حصل من أهله فِي محله بعد تمام سبب

الملـك، فوجـب أن يتوقف بناءً عَلَى كمال سـببه، فَلَمْ ينفذ عنـد وقوع الملك بِذَلِـكَ السـبب، كما قلنا فِي الْمُشْـتَرِي من الراهن إِذَا لَمْ يقبضـه حَتَّى أعتقه أَنَّهُ يتوقف لما قلنا، وَإِذا توقف نفذ لِأَنَّ الملك شـرطٌ، وَلَا يشـترط فَوْق ما يحتاج إِلَيْهِ السبب.

وَأَمَّـا الوجـه الثَّانِي: فَهُوَ أَنَّ الأرش لِلْمُشْـتَرِي، لِأَنَّ الإجـازة إِنَّمَا تعمل فِي العقـدِ فيسـتند الجواز والنفاذ إِلَى الأصل، فيظهر أَنَّ الإعتـاق حصل فِي مِلْكِهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وأنَّ الْجِنَايَة وَقَعَتْ عَلَى ملكه فِي هَذِهِ المسألة، فيكون الأرش لَهُ وَلَا تطيـب لَهُ الزيادة من الأرش عَلَـى نصف الثَّمَن إِنْ كَانَتْ فِيهِ زيادة، أَمَّا إِذَا كَانَ غير مقبوضٍ فَلَا يشكل لِأَنَّهُ فِي البيع الصحيح النافذ لَا يطيب لَهُ.

فأَمَّـا إِذَا كَانَ مقبوضاً وَهُوَ المراد بهذه المسـألة فَإِنَّهُ لَا يطيـب لَهُ أَيْضاً، لِأَنَّ إجازة الموقوف تشبه ابتداء العقد.

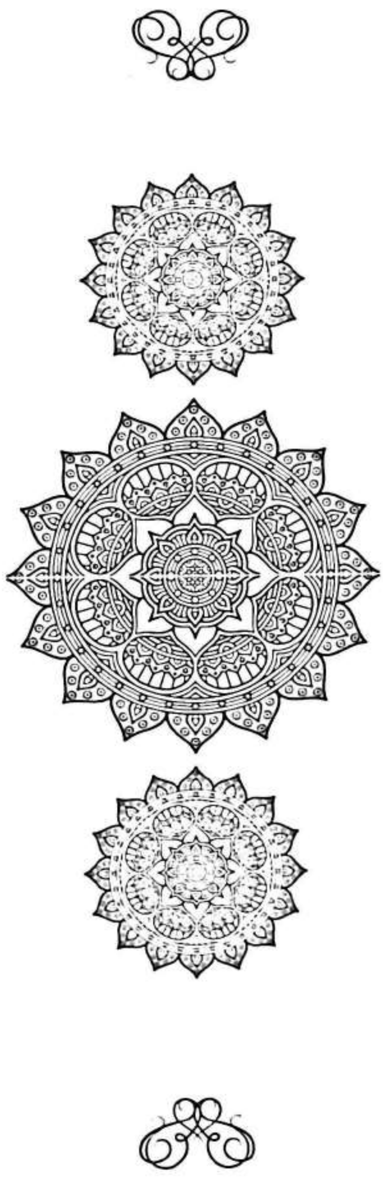
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يشـترط قيام محل الابتداء، وَهَذَا لِأَنَّ الموقوف لَا حكم لَهُ، وَإِذا أشـبه الابتداء تمكنت شبهة شراء الألف بالخمسمائة كما تمكنت تلك الشبهة فِي البيع الباتِّ بسـبب القبض، فوجب التصدق بالفضل، فَكَذَلِكَ ههنا، وَإِنَّمَا يريد بِهِ إِذَا اتحد جنس الثَّمَن والأرش.

والوجه الثالث: أَنَّ الْمُشْتَرِي لو كَانَ بَاعَهُ ثُمَّ أجاز المالكُ البيع الْأَوَّل لَمْ ينفُذ البيع الثَّانِي، وَهَذَا لَا يُشـكل، لِأَنَّهُ لَا يريد بِهِ قبل القبض، لِأَنَّ بيع الْمُشْـتَرِي العَبْد المشـترى قبل القبض فِي البيع النافذ باطلٌ، فكيف يُشكل ههنا إِذَا ثبت أَنَّهُ أراد بِهِ بعد القبض؟

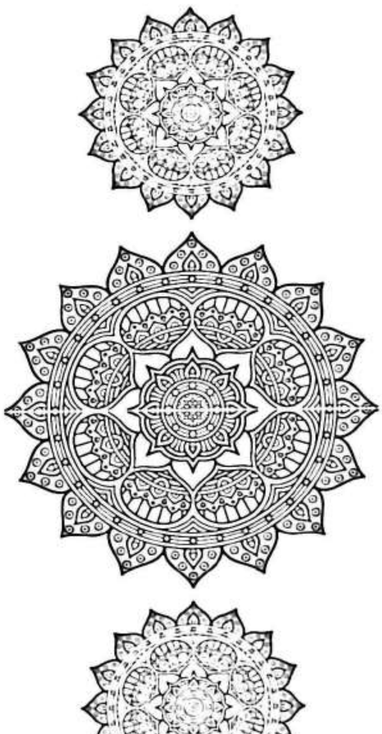
[مطلب: في الفرق بين البيع والإعتاق]

وَقَـدْ فرق بين البيع والإعتاق، والفرق أنَّ الإعتاق ينهي الملك ويصير قبضاً، فَصَارَ من هَذَا الوجه من حقوقه فتوقف بتوقفه.

فأمَّا البيع الثَّانِي فَإِنَّهُ لَيْسَ من حقوق البيع الْأَوَّل، لِأَنَّهُ مثله فَلَمْ يتوقف بتوقفه فَلَمْ ينفذ بنفاذه.



٣١- كِتَابُ الشُّفعَةِ



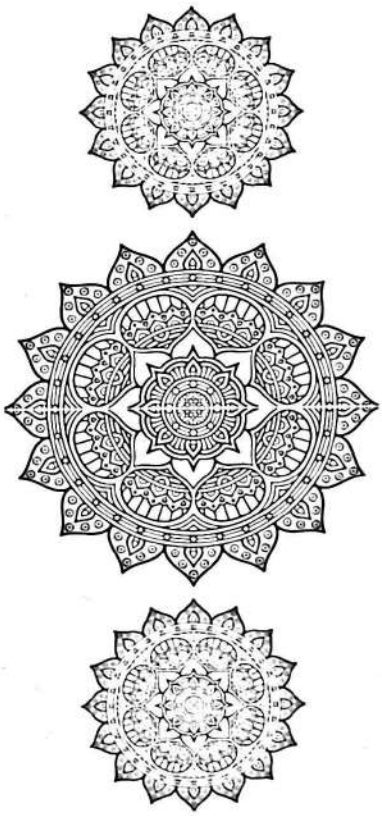
١٠٢٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي الرَّجُلَينِ يَشْتَرِيان الدَّارِ مِنْ الرَّجُل، وَرَجُلٌ شَفِيعُهَا؛ قَالَ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا قَبِضَا أَوْ لَمْ يَقْبِضَا. وَإِنَ اشْتَرَى رَجُلٌ مِنْ رَجُلَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا جَمِيْعَاً، قَبضَ مِنْهُمَا الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يَقْبِضْ.

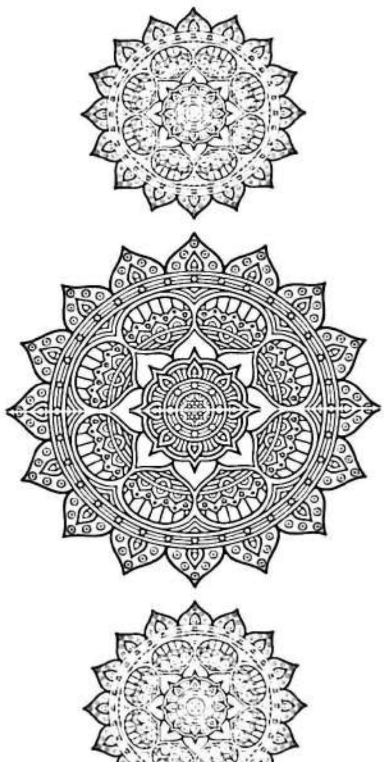
وَإِنَّمَا معنى المسألة أَنْ يَكُونَ الثَّمَن مَنْقُودَاً لينقطع حق البَائِع، لِأَنَّ الأخذ بالشفعة استحقاق عَلَى الْمُشْتَرِي، فإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي اثنين كَانَتْ الصفقة متفرقة فِي حقهما فَلَمْ يكن فِي أَخَذَ نصيب أحدهما ضرر أحدهما عَلَى الْمُشْتَرِي الآخر وَلَا عَلَى البَائِع وَلَا تعتبر الصفقة.

فأمَّا إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي واحداً فإِنَّ أَخَذَ البعض تفريق عَلَى الْمُشْتَرِي، والشفعة استحقاق عَلَيْهِ، والصفقة فِي حقه مجتمعة فَلَمْ يصح تفريقها، ولأنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ واحداً فأراد الشفيع أَخَذَ البعض فَقَدْ رضي بجوازه فِي بعض الدار فبطلت خصومته.

وَإِذا كَانَ الْمُشْتَرِي اثنين فرضاه بجوار أحدهما لَا يَكُون رضى بجوار الآخر



٣٢- كِتَابُ المُزَارَعَةِ



١٠٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَـالَ: فِي مُزَارَعَةِ الأَرْضِ بِالثُّلُثِ أَنَّهَا فَاسِدَةٌ، فَإِنْ سَقَاهَا وَكَرِبهَا[١] فَلَمْ يُخْرِجْ شَيْئاً فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ.

وكان [أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ][٢] يكره المزارعة والمعاملة.

اختلف الفقهاء ﷺ فِي المزارعة والمعاملة.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: هُمَا جَمِيْعَاً فاسـدتان، المزارعة فِي الأراضي، والمعاملة فِي الأشجار المثمرة.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: جَمِيْعَاً جائزتان.

وَقَـالَ الشـافعي ﷺ: المعاملـة جائـزةٌ وَهِيَ المسـاقاة عندهـم، ولَا يَجُوزُ المزارعة إلَّا تبعاً للمعاملة.

وَاحْتَـجَّ أَبُو يُوسُـفَ ومحمد ﷺ بحديث خيبر (أَنَّ النَّبِـيَّ ﷺ دَفَعَ خيبر إِلَى أهلها معاملة)[٣]، فَكَانَ دَفَعَ نخلها معاملة وأرضها مزارعة، وبذلك عمل أصحاب النبي ﷺ والتابعون والصالحون ﷺ، وبذلك عمل المسلمون وأجمع الفقهاء ﷺ عَلَى جواز المضاربة، فالمزارعة ملحقةٌ بِهَا.

---

(١) قلبها وحرثها.

(٢) فِي ب

(٣) رواه أحمد برقم/ ٤٨٥٤/ ، بلفظ (دَفَعَ خيبرَ إِلَى أهلها بالشّطرِ)، والدارقطني برقم/ ١٥٠/ .

والشافعي ﷺ اتبع السنَّة وَهِيَ إِنَّمَا وردت فِي المزارعة تبعاً للمعاملة.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: بِمَا روى عن النبي ﷺ أَنَّهُ (نَهَى عَنِ الْمُحَاقَلَةِ)[١]، وَهِيَ المزارعة، وبحديث رافع بن خديج ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ فِي حائطه: (لَا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ)[٢].

ونهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان[٣].

وَلِأَنَّهُ ينعقد إجارة بِالْإِجْمَاعِ، حَتَّى أَنَّهُ يشترط إعلام المدة، وَلَمْ يوجد شرط الإجارة لِأَنَّ الأجرة معدومةٌ مجهولةٌ، وحديث خيبر يحتمل أَنَّهُ كَانَ جزيةً.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَمْ يُذكر فِيهِ أجل يحتمل معنى الإجارة؟ وكان للسلف ﷺ اختلاف المزارعة فَلِذَلِكَ تركوا الإنكار.

ثُمَّ قَالَ عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ من أجاز المزارعة فينبغي أن يجعل الْأَشْيَاء كلها من قبل العامل أَوْ من قبل رَبّ[٤] الأرض وحده، [أَوْ من قبل رَبّ الأرض والمزارع][٥]، وهذه [هِيَ][٦] الدرجة الكاملة فِي النصح للمسلمين وَهِيَ السعي فِي إرشاد من خالفه وتسريع الاجتهاد وتوسعة الأمر فِي ذَلِكَ الباب، وَهِيَ الرتبة العالية فِي الفقه، تفريع مذهب من خالفه.

---

(١) رواه مسلم برقم/ ٣٩٩٢/ ، وابن ماجه برقم/ ٢٢٦٦/ ، والترمذي برقم/ ١٢٩٠/ ، والنسائي برقم/ ٤٦٠٧/ ، وغيرهم وللحديث تتمة.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) فِي ب: صاحب

(٥) فِي ب

(٦) الإضافة مني.

والأصـل عندهما: أنَّ المزارعة تنعقد إجارةً وتتم شـركةً، وَإِنَّمَا تنعقد إجارةً عَلَى منفعة الأرض أَوْ منفعة العامل، ولَا يَجُوزُ عَلَى منفعة البقر لِأَنَّ الشرع لَمْ يرد بِهِ[١]، ولأنَّ الشرع ما ورد بِهِ إِلَّا عَلَى سبيل الشَّرِكَة فِي النَّماء، وَذَلِكَ لَا يحصل إِلَّا بِمَـا هُوَ أصل فِي طلب النَّماء وَهُوَ منافع العامل أَوْ منافع الأرض، فأمَّا منفعة البقر فآلةٌ محضةٌ، فلو عقد عَلَيْهَا لبقي إجارةً خالصةً وَلَمْ يتم شركةً.

[مطلب: في مزارعة الأرض]

وَالْمُضَارَبَة فِي الابتداء تنعقد شـركةً بين الْمَال والعمل، لِأَنَّ كُلَّ واحدٍ مِنْهُمَا أصلٌ فِي طلب الربح بخلاف منفعة البقر، فاذا ثبت هَذَا قلنا إنَّ المسألة عَلَى وجوه عندهما:

مِنْهَـا أَنْ يَأْخُذَ الأرض مزارعة ليزرعها بِنَفْسِـهِ وأجرائه وأعوانه وينذر نفسـه وبقـره عَلَى أنَّ الخـارج بينهما[٢] نِصْفَيْنِ فِي مدة كذا، وَهَـذَا جائز لِأَنَّ العقد وقع عَلَى منفعة الأرض، والعقد عَلَيْهِ إجارة، وتم شـركةً بين منفعة الأرض وبين منفعة العامل بأدواته.

والوجـه الثَّانِـي: أَنْ يَأْخُـذَ الأرض مزارعةً ليزرعها ببـذر رَبّ الأرض وبقر رَبّ الأرض فِي مدةٍ معلومةٍ بشـرطٍ معلومٍ، وَهَذَا جائزٌ لِأَنَّ العقد وقع عَلَى منفعة العامل، فانعقد عَلَيْهِ إجارةً، وتم شركةً بينه وبين منفعة الأرض بأدواتها.

والوجه الثالث: أَنْ يَكُونَ البذر من رَبّ الأرض والبقر مشـروطاً عَلَى العامل

(١) وَذَلِكَ أن الإجارة فِيهَا منفعة الأرض والعامل المستأجر والآلة الَّتِي هِيَ البقر الَّذِي تحرث بِهِ الأرض.

(٢) بين العامل وصاحب الأرض.

وَهَـذَا جائزٌ، لِأَنَّ البقر آلة العمل، فَصَارَ ضـم الآلة إِلَى العمل صحيحاً بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّهُ تبعٌ من كل وجهٍ لذلك الأصل، فَلَمْ يصر معقوداً عَلَيْهِ، وَلَا صَارَ لَهُ قسـط من البدل، وصار كَانَ العقد عُقد عَلَى عملٍ جديدٍ.

والوجه الرابع: أَنْ يَكُونَ البذر مشـروطاً عَلَى العامل، والبقر مشـروطاً عَلَى رَبِّ الأرض، وَهَذَا فاسدٌ عندهما، لِأَنَّ منفعة البقر لَيْسَتْ من جنس منفعة الأرض فَلَمْ يصلح تبعاً لَهَا فبقيت مقصودةً بنفسـها، فَصَارَ اسـتئجاراً للبقر ببعض الخارج قصداً، وَذَلِكَ باطلٌ.

وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ ﷺ أَنَّهُ أجـاز ذَلِكَ، وقاس منفعة البقـر عَلَى ما جاءت بِهِ السنة أَوْ جعلها تبعاً، كما جَعَلَ تبعاً مع العامل.

والوجـه الخامس: أَنْ يَكُونَ البذر وحده وَلَيْسَ مَعَهُ أرضُ وَلَا بقرٌ وَلَا عملٌ، وَذَلِكَ باطلٌ لِأَنَّ الشرع لَمْ يرد بِهِ، ولما قلنا أَنَّهُ لَا يصلح شركة لِأَنَّ البذر تبع وآلة.

واختلفـت الروايـة فِي أنَّ الخـارج بمن يُلحـق ههنا عَلَى ما قلنـا فِي كِتَاب المأذون والمزارعة.

والسادس: أن يجمع بين البذر والبقر، وَذَلِكَ باطلُ أَيْضَاً لما قلنا.

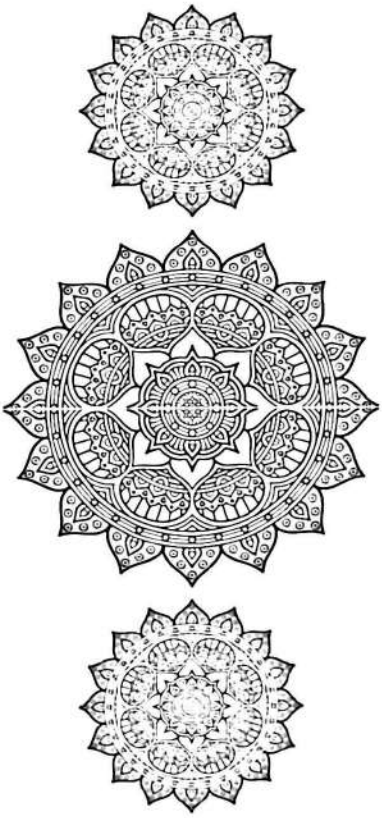
وَفِي اسـتحقاق الزرع روايتان أَيْضَاً، ومن الناس من طعن فَقَالَ للجواز وجه آخر، والجواب أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ لَمْ يحسم[1] ذَلِكَ.

أَلَا تَرَى إِلَى قولَهُ: (والمزارع يعمل بِنَفْسِـهِ؟) وَذَلِكَ ينافي شـرط الآلة عَلَيْهِ فَصَارَ ذَلِكَ داخلًا، والله أعلم.

---

(١) فِي ب: فَلَمْ يجبهم

٣٣- كِتَابُ الخَرَاجِ



١٠٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ قَالَ فِي أَرْضِ السَّـوَادِ: عَلَى كُلِّ جَريبٍ يَصْلُحُ لِلزِّرَاعَةِ قَفِيزٌ [مُدَّانِ][(١)] وَدِرْهَمٌ، وَعَلَى جَرِيبِ الكَرْمِ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ، وَعَلَى جَرِيبِ الرُّطَبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ. وَمَا كَانَ مِنْ أَرْضِ السَّوَادِ قَدْ صَنَعَ لِلزَّعْفَرَانِ وَالفَواكِهَ لَا يَصْلُحُ لِلزَّرْعِ وُضِعَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَطِيقُ.

وأصله ما تقدم أنَّ الأراضي نوعان: خراجيةٌ وعشريةٌ.

وأنَّ الإمـام فِيمَا فُتح عنوة [وقهراً][(٢)] من الأراضي يخير، إِنْ شَـاءَ خمَّسـها وقسم ما بقي.

كما فعله رسول الله ﷺ بخيبر امتثالًا لقولهُ الله تَعَالَى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١].

إِلَّا أَنَّهُ مِنْ غَيْرِ فصلٍ بين العقار وغيره.

وَإِنْ شَاءَ ترك الأراضي عَلَى أهلها ومنَّ عَلَيْهِم، ووضع عَلَيْهِم الجزية، وَعَلَى أراضيهم الخراج، كما فعله عمر ﷺ فِي سواد العراق بمشورة الصحابة نحو عليٍّ ومعـاذ بن جبـل ﷺ، وكذا فعله بمصر حين افتتحه عمـرو بن العاص ﷺ امتثالًا لقول الله تَعَالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ [الحشر: ١٠].

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

فَإِذَا فعل ذَلِكَ كَانَ فِي الخراج بالخيار إِنْ شَاءَ جعله مقدوراً، وَإِنْ شَاءَ جعله مقاسـمة، وَإِنْ شَاءَ جمع بين الجزية والخراج[1]، فَإِذَا أفرد الخراج وجعله مقدوراً وضـع عَلَـى كل جريبٍ يصلح للزراعة قفيـزاً ودرهماً، وَعَلَـى كل جريبٍ يصلح للكرم عشرة دَرَاهِمَ، وَعَلَى كل جريبٍ يصلح للرطبة خمسة دَرَاهِمَ.

كَذَلِـكَ فعلـه عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي سـواد العراق، بعث عثمان بـن حنيف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين مسح سواد العراق وبلغ ستة وثلاثين ألف ألف جريب فوضع عَلَى ذَلِكَ ما قلنا.

كَذَلِكَ روي عن الشعبي[2] ....

(١) بـأن يضـرب عَلَيْهِم مقداراً معلوماً مـن الْمَال مِنْ غَيْرِ أن يقدرا الخـراج بانفراده والجزية بانفرادها. حاشية أ

(٢) الشـعبي (١٩ - ١٠٣هـ) عامر بن شـراحيل بن عبد الشعبي: من همدان، ولد لست سنين خلـت من خلافة عثمان ولد ونشـأ ومات فجأة بالكوفة، وكان ضئيلا نحيفا، ولد لسـبعة أشهر، ومات سنة أربع وَمِائَة، وقيل سنة سبع وَمِائَة، وَهُوَ ابن اثنتين وثمانين سنة.
وروي أن ابـن عمر مر بِهِ وَهُوَ يحدث بالمغازي فَقَالَ: شـهدت القـوم وأنه علم بِهَا مني. وَقَالَ ابن سـيرين لأبي بكر الهذلي: الزم الشـعبي فلقد رأيته يسـتفتي وأصحاب النبي ﷺ بالكوفـة. وَقَالَ أبو حصين: ما رأيت أعلم من الشـعبي، قلت: وَلَا شـريح؟ قَالَ: تريد أن أكذب؟ ما رأيت أعلم من الشـعبي. وَقَالَ مكحول: ما رأيت أحداً أعلم بسـنة ماضية من عامر الشعبي.
وَقَالَ الزهري: العلماء أربعة: سـعيد بن المسيب بالمدينة وعامر الشعبي بالكوفة والحسن بن أبي الحسن البصري بِالْبَصْرَةِ ومكحول بالشام. وَقَالَ أشعث بن سوار: نعى إلينا الحسن البصـري الشـعبي فَقَالَ: كَانَ والله فِيمَـا علمت كثير العلم عظيم الحلم قديم السـلم، من الْإِسْلَام بمكان.
وسـئل عما بلغ إِلَيْهِ حفظه، فَقَالَ: ما كتبت سـوداء فِي بيضاء، وَلَا حدثني رجل بحديث =

وعمرو بن ميمون[1] وهذه كَانَتْ رسم كسرى.

أَلَا تَرَى إِلَى قول زُهَيْرِ بن أبي سُلْمى[2]:

فتُغْلِـلْ لكُـمْ مَـا لَا تُغِـلّ لأهْلِها قُـرىً بالعِراقِ مِـنْ قَفِيـزٍ وَدِرْهَمِ

فَصَارَ ذَلِكَ حكماً شرعياً بالسنة والإجماع.

وَأَمَّا السـنَّة فما روى أبو هريرة ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (مَنَعَتِ الْعِرَاقُ قَفِيزَهَا

= إِلَّا حفظتـه، وَهُـوَ من رجـال الحديث الثقات، اسـتقضاه عمر بن عبد العزيـز. الطبقات الكبرى ٣/ ٣٦٥، طبقات الفقهاء ص٨١.

(١) عمرو بن ميمون الأودي المذحجي الكوفي، الامام الحجة، أبو عبد الله، أدرك الجاهلية، وأسلم فِي الايام النبوية وقدم الشام مع معاذ بن جبل، ثم سكن الْكُوفَة، روى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وأبي هريرة، وأبي أيوب الانصاري، وَلَمْ يرو عن علي بن أبي طالب، وسـمع من معاذ باليمن فِي حياة رسـول الله ﷺ وروى عن أبي مسعود الأنصاري وعبد الله بن عمرو بن وسلمان بن ربيعة والربيع بن خثيم وطائفة، روى عَنْهُ الشعبي، وأبو إسـحاق، وحصين بن عبد الرحمن، وعبدة بن أبي لبابة، ومحمد بن سـوقه، وسـعيد بن جبير، وآخرون، قالَ عمرو بن ميمون: قدم علينا معاذ بن جبل إِلَى اليمن رسـولا من عند رسـول اللهِ ﷺ معَ السحر، رافعا صوته بالتكبير، وكان رجلا حسن الصوت، فألقيت عَلَيْهِ محبتي، فما فارقته حَتَّى جعلت عَلَيْهِ التراب.

ثمَّ صحب ابن مسعود، وَهُوَ معدود فِي كبار التابعين من الكوفيين.

مات سنة أربع وسبعين أَوْ خمس أَوْ ست أَوْ سبع. تاريخ دمشق ٤٧/ ١٢١

(٢) زهيرُ بنْ أبي سـلمى ربيعة بنْ رباحْ المزني المضريّ، أحد أشـهر شـعراء العرب وحكيم الشـعراء فِي الجاهلية وَهُوَ أحد الثلاثة المقدمين عَلَى سـائر الشـعراء وهم: امرؤ القيس وزهير بن أبي سـلمى والنابغـة الذبياني. وتوفي قبيل بعثة النبي محمد ﷺ بسـنة وَاحِدَة. خزانة الأدب.

وَدِرْهَمَهَا، وَمَنَعْتِ الشَّامُ مُدَّهَا وَدِينَارَهَا، وَمَنَعَتْ مِصْرُ إِرْدَبَّهَا وَدِينَارَهَا)[١].

يريد بِهِ أن ذَلِكَ كائنٌ، وَأَنْ ذَلِكَ من أشراط الساعة.

وبهـذا الحديث علم عمر رضي الله عنه أَنَّ ذَلِكَ التقدير فِي الخراج عَلَى هَذَا السـبيل واجبٌ، فأمَّا أن يتلقاه من كسرى فمعاذ الله.

ولما فعله عمر رضي الله عنه وبايعه عَلَيْهِ الصحابة رضي الله عنهم صَارَ ذَلِكَ إجماعاً.

[مطلب: في سواد العراق]

وتفسـير السـواد بالعراق من لدن تخوم الموصل جارياً عَلَى سنن الماء إِلَى بلاد عبادان هَذَا طوَلَهُ، وَأَمَّا عرضه فمن منقطع الجبل من أرض حُلوان إِلَى منتهى طرف القادسية المتصل بالعذيب من أرض العرب، هَذِهِ حدود السواد[٢].

واتفقـوا أَنَّ النقصان عن هَذَا التقدير جائزٌ عند قلـة الريع وعدم الطاقة، لِأَنَّ هَذَا الحق مبنيٌ عَلَى الطاقة[٣].

وَلِذَلِكَ اختلف التقدير لاختلاف طاقة الأرض.

ولما روي فِي حديث عمر رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ لعثمان بن حنيف وسـهل بن حنيف:

---

(١) رواه مسـلم برقم/ ٧٤٥٩/ بلفـظ (منعتِ العـراقُ درهمها وقفيزها ومنعتِ الشّـأمُ مديها ودينارهـا ومنعتْ مصرُ إردبّها ودينارهـا وعدتمْ منْ حيثُ بدأتمْ وعدتـمْ منْ حيثُ بدأتمْ وعدتـمْ مـنْ حيـثُ بدأتـمْ)، وأبـو داود برقـم/ ٣٠٣٧/ ، والبيهقـي فِي السـنن الكبرى برقم/ ١٨١٦٦/ .

(٢) سمي سواد العراق سواد الحضرة أشجاره وزروعه.

(٣) حَتَّى لو نزت الأرض الخراجية لَمْ يجب الخراج. حاشية أ

(لَعَلَّكُمَا حَمَّلْتُمَا الْأَرْضَ مَا لَا تُطِيقُ؟ فَقَالَا: بَلْ حَمَّلْنَاهَا مَا تُطِيقُ، وَلَوْ زدنا لأطاقت)[1].

فَإِذَا انتقصت الطاقة انتقضت الوظيفة، وَأَمَّا إِذَا كثر الريع وازدادت الطاقة هل يجوز الزيادة؟

قَالَ محمد رحمه الله: يجوز اعتباراً للزيادة بالنقصان، واعتباراً للطاقة.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: لَا تجوز الزيادة لأَنهما قَدْ قالا: وَلَوْ زدنا لأطاقت، ومع ذَلِكَ لَمْ يزد عمر رضي الله عنه فِي الوظيفة[2]، وَلِأَنَّهُ يؤدي إِلَى إبطال التقدير أصلًا.

والأصل فِي تفاوت التقدير كثرة المؤن وقلتها.

أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أوجب فِيمَا سقت الماء العشر، وفيما سقي بغربٍ أَوْ داليةٍ أَوْ سانيةٍ نصف العشر[3] لتفاوت المؤن؟

---

(١) رواه البخاري بلفظ (عنْ عمرو بنِ ميمونٍ، قالَ: رأيتُ عمرَ بنَ الخطّابِ قبلَ أنْ يصابَ بأيّامٍ بالمدينةِ، وقفَ عَلَى حذيفةَ، وعثمانَ بنِ حنيفٍ، قالَ: كيفَ فعلتما: أتخافانِ أنْ تكونا حمّلتما الأرضَ مَا لَا تطيقُ؟ قالا: حمّلناها أمرا هيَ لهُ مطيقةٌ ما فِيهَا كبيرُ فضلٍ، قالَ: أنظرا أنْ تكونا حمّلتماها مَا لَا تطيقُ؟ قالا: لَا، فقالَ عمرُ: لئنْ سلّمني اللهُ لأدعن أراملَ أهلِ العراقِ لَا يحتجنَ إِلَى أحدٍ بعدي)، قالَ: فما أتتْ عَلَيْهِ إلّا رابعةٌ حَتَّى أصيبَ، الحديثَ بطوَلَهُ برقم/ ٣٤٩٧/ ، وابن حبان برقم/ ٦٩١٧/ ، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٥٧٩٣/

(٢) وَلَوْ كَانَتْ الزيادة جائزة لكان واجباً عَلَيْهِ أن يزيد، لأنه حق المقاتلة وغيرهم من الْمُسْلِمِينَ وَهُوَ كَانَ مبصراً وناظراً إليهم. حاشية أ

(٣) تقدم تخريجه.

[مطلب: في تفاوت المؤن]

فَكَذَلِكَ المؤن ههنا متفاوتةٌ، والكرم أكثر العقار ريعاً وأخفها مؤنة لِأَنَّهَا تبقى عَلَى الأياد بلا مؤنة.

والمحاقل والمزارع أقلها ريعاً وأكثرها مؤنة لِأَنَّهَا تحتاج فِي كل عامٍ إِلَى ابتداء الزراعة والبذر وغير ذَلِكَ.

والرطاب بين الأمرين: لِأَنَّهَا تبقى أعواماً بخلاف الزرع، وَلَا تبقى عَلَى الأياد بخلاف الكروم.

فجعل الواجب فِي الكروم أعلاها منزلةً، والواجب فِي المزارع أدناها منزلةً، والواجب فِي الرطبات بينهما.

كَذَلِكَ ذكره الشيخ أبو منصور ﵀ فِي تعليل هَذِهِ المسألة فِي شرح هَذَا الْكِتَاب، حكى عَنْهُ جد والدي ﵀.

وَأَمَّا ما صَنَعَ للزعفران والفواكه فَإِنَّهُ لَا نّص فِيهِ، وَقَدْ يكثر ريعه وتكثر مؤنه، فوجب أن يُعتبر فِيهِ الطاقة ويلحق ببعض ما ورد فِيهِ الْإِجْمَاع باعتبار الطاقة، وتقدّر فِيهِ تقديراً آخر عَلَى اعتبار الطاقة لما ذكرنا أنَّ المدار عَلَى الطاقة.

[مطلب: في عين القير أو النفط في أرض عشرية]

وَقَالَ فِي أرض الخراج فِيهَا عين القير أَوْ النفط أنَّ فِيهَا الخراج، والعين لصاحبها.

وتأويل المسألة أَنْ يَكُونَ وراء العين أرضٌ فارغةٌ تصلح للزراعة فيلزمه

خراجهـا زرعها أَوْ عطلها[١]، لمـا عرف أنَّ الخراج يجب بسـبب الأرض النامية بالخارج كالعُشـر، إِلَّا أنَّ التمكن من الاسـتغلال يُنزل ههنـا منزلة حقيقة الخارج بخلاف العُشر لفرق عُرف فِي غَيْرِ هَذَا الموضع.

وَإِذا وجد سبب وجوب الخراج وجب الحكم بِهِ.

وَلَوْ كَانَتْ هَذِهِ أرض عُشـر لَمْ يجب فِيهَا شيء إِلَّا أن يوجد حقيقة الخارج، وَلَمْ يجب فِي الخارج من العين شيء لِأَنَّهُ لَيْسَ من إنزال الأرض.

وَقَالَ فِي الذمي: يلزمه خراج رأسه بمضي السنة فَلَمْ يؤدها حَتَّى جاءت سنة أُخْرَى لِأَنَّهُ لَا يؤخذ بِمَا مَضَى.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رحمهما الله: يؤخذ.

وجـه قولَهُمـا: إنَّ امتداد المـدة يؤكد السـبب، وَمَا يؤكد السـبب لَمْ يناف الواجب.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ سببه الكفر، وَهُوَ يتغلظ بطول المدة ويتأكد.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ هَذِهِ عقوبة فَإِذَا اجتمعت تداخلت كالحدود.

وَإِنَّمَـا قلنا إنَّها عقوبةٌ لِأَنَّ الله تَعَالَى جعلها عقوبةً لقولَهُ تَعَالَى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

[ودل عَلَيْهِ إجماع الصحابة رضوان الله عَلَيْهِم فِي بني تغلب][٢]، ودل عَلَيْهَا

(١) فِي ب: يزرعها أَوْ يعطلها.

(٢) فِي ب

اسـمها لِأَنَّ الجزاء يطلق عَلَى العقوبات، ودل عَلَيْهِ اختصاصها بأهل العقوبة وهم الرِّجَال المقاتلون بِمَنْزِلَةِ القتل.

وهما يقولان إنَّها وَإِنَ تعدّدت بِمَنْزِلَةِ قتلٍ وَاحِدٍ.

واختلف مشـايخنا ﷺ فِي قولَهُ: (وجاءت سنةٌ أُخْرَى) فَقَالَ بعضهم: معناه مضـت حَتَّـى تحقق اجتماعهمـا لِأَنَّهَا عند آخـر الحول تجب، وَهَـذَا ضربٌ من المجاز لِأَنَّ مجيء كل شهر بمجيء أوَلَهُ.

وَقَالَ بعضهم: معناه دخول أوَلَهُا، لِأَنَّ الجزية تجب بأول الحول.

وَإِنَّمَا الحول تخفيف وتأجيل عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وَكَذَلِـكَ قَالَ هُوَ فِي الزَّكَاة أنَّها تجب عند أول الحول لأنَّ الجزية خَلَفٌ عن القتل فيجب بنفس سقوط الأصل.

فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ وجب التداخل بحقيقة الْإِجْمَاع.

فأمَّا إِذَا مَاتَ فِي بعض السنة أَوْ عند تمام السنة لَمْ يؤخذ بِالْإِجْمَاعِ.

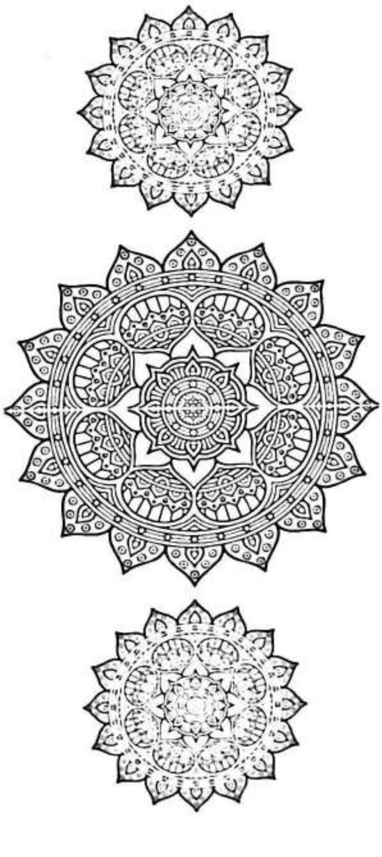
أَمَّا إِذَا مَاتَ قبل تمام السـنة فَقَدْ مَاتَ قبل الوجوب عندهما، وبعده عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ عَلَى ما حكينا آنفاً.

فإِنْ كَانَ قبل الوجوب فَلَا شبهة فِيهِ.

وإِنْ كَانَ بعد الوجوب بطل بالموت عندنا، خلافاً للشافعي ﷺ.

وَإِنَ مَاتَ عند تمام السنة فَقَدْ وجبت وبطلت بالموت، والمسألة معروفةٌ.

٣٤- كِتَابُ الذَّبَائِحِ



١٠٢٨- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْسَ بِالذَّبْحِ فِي(١) الحَلْقِ كلِّهِ أَسْفَلِهِ وَوَسَطِهِ وَأَعْلَاه، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ)(٢). وَمَا بَيْنَهُمَا هُوَ الحَلْقُ كلُّه(٣)، وَلِأَنَّ ذَلِكَ مُجمَعَ العُرُوقِ وَالْمَجْرَى فَصَارَ حُكْمُ الكُلِّ وَاحِداً. وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي الجَزُورِ إِذَا ذُبِحَ، وَالشَّاةِ إِذَا نُحِرَتْ، فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ بِالأَكْلِ مِنْهُ. وَمَا أُحِبُ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ.

والأصل فِيهِ أنَّ السُّنَّة فِي الإبل أن تُنحر قياماً، وَفِي البقر والغنم أن تُذبح مضطجعةً، وَذَلِكَ سنَّة النبي ﷺ حين ساق مائة بَدَنَة نحر عامتها، وولى الباقي علياً ﵁، (وأضجعَ الشاةَ لأضحية فذبحها)(٤)، وعَلَى ذَلِكَ إجماع الصحابة ﵃ وسائر الفقهاء ﵏.

وإليه أشار الله تَعَالَى فِي كتابه حيث قَالَ: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج: ٣٦].

صواف أي قائمة، وقولَهُ: ﴿وَجَبَتۡ جُنُوبُهَا﴾ [الحج: ٣٦] أي سقطت.

ولأنَّ ذَلِكَ أيسر وأجمع لمعاني الذكاة، لِأَنَّ العروق متفرقةٌ فِيمَا يذبح،

(١) فِي ب: من

(٢) رواه الدارقطني برقم/ ٤٥/ بلفظ (أنَّ الذّكاة فِي الحلقِ واللّبةِ).

(٣) والكل محل الذكاة.

(٤) رواه الترمذي برقم/ ٤١٣٩/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٠٠٠٣/، وأحمد برقم /١٤٥٤٩/.

فالذبحُ [بِهِ][1] أولى، والعروق مجتمعةٌ فِيمَا ينحر فالنَّحر بِهِ أولى.

فَإِذَا قلب ذَلِكَ فَقَدْ ترك السـنَّة المتواترة، ولكن لَـمْ يختَّل معنى الذكاة وَهُوَ إنهار الدم، فوجب القول بالإباحة.

١٠٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَذْبَحُ الشَّـاةَ مِنْ قِبَلِ القَفَاءِ. قَالَ: إِنَّ قَطَعَ الأَوْدَاجَ وَالحُلْقُومِ وَالْمَرِيَّ قَبْلَ أَنْ تَمُوتَ الشَّـاةُ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ[2]، لِأَنَّ قَطْعَ القَفَاءِ قَدْ يَقْتُلُ الشَّاةَ فَلَا يُوجَدُ الذكَاةُ بَعْدَهُ، وَقَدْ لَا يَقْتُلُ فَيَتَحَقَّقُ الذَّكَاةُ.

فَلِذَلِكَ وجب التفصيل.

فإن عُلم أنَّها مَاتَت قَبْلَ أَنْ يوجد ما تحصل بِهِ الذكاة كَانَتْ ميتة، وَإِنَ لَمْ تمت فإنَّما مَاتَت بِمَا هُوَ ذكاة فحلت.

١٠٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَذْبَحُ الشَّاةَ بِظُفرٍ مَـنْزُوعٍ أَوْ بِقَرْنٍ أَوْ بِعَظْمٍ أَوْ بِسِـنٍ مَنْزُوعَةٍ فيُنهرُ الدَّمَ ويُفرِي الأَوْدَاجَ. قَالَ: أَكْرَهُ هَذَا الذَّبْحَ، وَإِنَ فَعَلَ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ.

هَذَا عندنا.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: بأكلها

وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ ميتةٌ.

وَاحْتَجَّ: بأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: ما أنهر الدمَ وأفرى الأوداج فكُلْ، ما خلا السنَّ والظفر والعظم [فَإِنَّهَا مُدى الحبشة][1] [2].

ولأنَّ الذبح حصل بمعنىً[3] منهيٍ فَلَا يفيد الحل، كما لو كَانَ غير منزوعٍ.

ولنا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (أَفْرِ الدَّمَ بِمَا شِئْت)[4].

وَلِأَنَّهُ آلة جارحة فحل المذبوح[5] بِهِ كما فِي الحجر والحديد.

والجواب: بأنَّ المرادَ بالحديث غيرِ المنزوع، لِأَنَّ الحبشة لَا يفعلون ذَلِكَ إِلَّا فِي غَيْرِ المنزوع، فانصرف النهي إِلَيْهِ، وَذَلِكَ حرام، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يقتل بالثقل والقوة مع الحدة فيدخل فِي قولَهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ﴾ [المائدة: ٣] وَإِنَّمَا كره ذَلِكَ لما فِيهِ من استعمال شيء من الآدمي، وَذَلِكَ.

كما كُره الوصل بشعر الآدمي، والانتفاعُ بالعذرة، وَهَذَا لَا يتأتى فِي القرن[6].

---

(١) فِي ب

(٢) قَالَ الزيلعي فِي نصب الراية الحديث بهذا اللفظ ملفق من حديثين.
والذي وجدته (كل ما أنهر الدم ذكاة إِلَّا السن والظفر) رواه الطبراني فِي الكبير برقم ٤٣٨١/، وأبو عوانة برقم/ ٧٥٦٢/.

(٣) فِي ب: بوجه

(٤) رواه أبو داود رقم/ ٢٨٢٦/ بلفظ (أمرر)، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٤٤٠٠/ بلفظ (أَمَرَ)، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٤٣٥٩/ بلفظ (أنهر).

(٥) فِي ب: فيحصل الذبح

(٦) لأنه لَيْسَ باستعمال شيء من الآدمي. هامش أ

ووجه آخر: أَنَّهُ أضرَ بالحيوان المذبوح وأعســرَ عَلَيْهِ فَلِذَلِكَ كره، وَهَذَا يعم الفصولَ كلها.

١٠٣١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَــنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ ذَبَحَ الشَّــاةَ فَقَطَعَ نِصْفَ الحُلقُومِ وَنِصْفَ الأَوْدَاجِ وَالْمَرِيِّ؛ قَالَ: لَا يُأكَلُ.

لِأَنَّ الحــل فِي الشــرع متعلقٌ بقطع هَــذِهِ الجملة، والحــل والحرمة يُحتاط فيهما، وَلَيْسَ للنصف حكم الكل فِي موضع الاحتياط.

أَلَا تَرَى أَنَّ الثلث والربع لَا يعملان عمل الكل ههنا، وإِنْ كَانَ لَهُ شــبه بالكل لما قلنا؟ فَكَذَلِكَ [حكم][١] النصف.

وَلَمْ يذكر فِي هَذَا انَّهُ ميتةٌ، وأعقبه بِمَا يُذبح بســنٍ أَوْ ظفرٍ غير منزوعٍ، فَقَالَ: هَذِهِ ميتةٌ.

لِأَنَّهُ وجد فِيــهِ نصاً عن النبي ﷺ فأطلق جوابه، واحتاط فِيمَا لَمْ يجد فِيهِ النص.

وهــذه طريقة محمَّد ﷺ فِيمَا وجد فِيهِ نصاً بتحريم أَوْ تحليل أن يُثبت القولَ فِيــهِ، وَإِنَ لَمْ يجد نصاً قَالَ فِي الحل: لَا بَــأْسَ بِهِ، وَقَالَ فِي الحرمة: أكره ذَلِكَ، أَوْ [قَالَ][٢]: لَا يُؤكل.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

وكل كراهـة فَهُوَ تحريـمٌ، كَذَلِكَ روي عـن محمَّد رحمه الله: وهـذه طريقة أئمة الهدى والسلف الصالح رحمهم الله.

وَقَالَ فِي السـبعة يشـترون البقرة ليُضحـوا بِهَا فيموت رجـل منهم قبل يوم النحر، فَيَقُولُ ورثته: اذبحوها عنكم وعنه أجزأهم.

وإِنْ كَانَ شريكُ الستة نصرانياً أَوْ رَجُلاً يريد بنصيبه اللحم لَمْ تُجزئ واحداً منهم.

أَمَّا المسـألة الْأُولَـى فالقياس فِيهِ أَنَّ لَا يجزئهـم، لِأَنَّ الَّذِي مَاتَ بطل معنى القربـة والطاعة عن نصيبه، لِأَنَّ الطاعة تنقطـع بالموت لقول النبي ﷺ: (إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ينقَطعُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَة)[1].

فَلَا يعمل فِيهِ إجازةُ الورثة، فيصير بِمَنْزِلَةِ ما إِذَا كَانَ الشـريك السابع نصرانياً أَوْ أراد بنصيبه اللحم.

ووجـه الاستحسـان: أَنَّ الورثة لما أذنوا صَارَ ذَلِكَ قربـة أَيْضاً، لِأَنَّ تضحية المرء عن غيره مشروعةٌ بصفة القربة.

أَلَا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه، والثاني عن أمته[2]؟ فَصَارَ الكل قربة.

وَإِذا كَانَ شريك منهم نَصرانياً أَوْ مسلماً يريد اللحم لَمْ يصرْ ذَلِكَ القدر قربة، والباقي لَا يصلح للتضحية، لِأَنَّ الإراقة لَا يتجزأ، فبطل كله.

---

(١) تقدم تخريجه فِي باب الحج.

(٢) رواه أبـو يعلـى برقـم/ ١٤١٧/ ، الدارقطنـي برقـم/ ٥٢/ ، والبيهقي فِـي الكبرى برقم /١٩٦٥٧/.

١٠٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، قَالَ: يُجْزِئُ الثَّوْلَاءُ فِي الأُضْحِيَةِ وَالعَرْجَاءُ الَّتِي تَمْشِي إِلَى الْمَنْسِكِ.

أَمَّا الثولاء: فَهِيَ المجنونة، وَإِنَّمَا جَازَ لِأَنَّ العقل غير مقصودٍ فِي هَذَا.

وَإِنَّمَا يجوز إِذَا كَانَتْ سمينة، وَلَمْ يكن بِهَا ما يمنع السوم والرعي.

فأمَّا إِذَا كَانَتْ عَلَى خلاف ما قلنا لَا يَجُوزُ اعتباراً بِمَا رُوي عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (أربعٌ لَا تجزئُ فِي الضحايا اَلْعَوْرَاءُ اَلْبَيِّنُ عَوَرُهَا، وَالْعَرْجَاءُ اَلْبَيِّنُ ظَلْعُهَا[١]، وَالْمَرِيضَةُ اَلْبَيِّنُ مَرَضُهَا، والْعَجْفَاءُ اَلْبَيِّنُ عَجْفُهَا)[٢].

وَفِي رواية: (العَجْفَاءِ التي لا تُنْقِيْ).

فَقَدْ جَعَلَ ما استبان مِنْهُ مانعاً فجعل هَذَا ملحقاً بِهِ وبالعَجف.

والأصل فِي العيب إِذَا كَانَ بالأذن أَوْ الإلية أَوْ الذنب فذهب شيءٌ من ذَلِكَ أَنَّ اليسير لَا يمنع.

لما روينا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ شرط أَنْ يَكُونَ بيناً، وَلَا يكون اليسير بيناً، ولأَنَّ الاحتراز عَنْهُ غير ممكن.

فأمَّا إِذَا كَانَ بيناً فإِنَّ ذَلِكَ مانع لما روينا.

---

(١) أي عرجها.

(٢) الحديث بلفظ (أربعٌ لَا تجوزُ فِي الضّحايا: العوراءُ البيّنُ عورها، والمريضةُ البيّنُ مرضها، والعرجاءُ البيّنُ ظلعها والكسيرةُ الّتي لَا تنقي) رواه ابن ماجه برقم/ ٣١٤٤/ ، والنسائي برقم/ ٤٤٥٩/ ، والدارمي برقم/ ١٩٤٩/ ، والحاكم فِي المستدرك برقم/ ١٧١٨/ وَقَالَ حديث صحيح وَلَمْ يخرجاه.

[مطلب: في معنى البين]

واختلفوا فِي تفسير البيّن.

فَقَالَ فِي الْكِتَاب عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ [أَنَّ البين][1] ما زَادَ عَلَى الثلث، فأمَّا الثلث وَمَا دونه فَلَا يمنع.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: هُوَ ما زَادَ عَلَى النصف، فأمَّا النصف وَمَا دونه فَلَا يمنع.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: ذكرت قولي هَذَا لأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فَقَالَ قولي هُوَ قولك.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ الربع مانعاً.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: الَّذِي ذكره ههنا أنَّ الثلث فما دونه ملحقٌ بالقليل كما جاءت السنة فِي الوصية، فجعل ذَلِكَ أصلًا لما لَا نصَّ فِيهِ.

ووجه الرواية الأُخْرَى: أنَّ الربع قَدْ يلحق بالكثير فِي باب الاحتياط.

أَلَا تَرَى أَنَّ المحرم يلزمه بحلق ربع الرأس ما يلزمه بحلق كله، وَهَذَا موضع الاحتياط فِي مسألتنا.

ووجه قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ: الَّذِي رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ إِلَيْهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ النقصان مانعاً نصفه البيِّن، وَإِنَّمَا يستبين إِذَا زَادَ عَلَى النصف.

ولأنَّ النَّص اعتبر الصورة فِي هَذَا البَابِ فأجريناه عَلَى ذَلِكَ، والكثير فِي الصورة أَنْ يَكُونَ ما يقابله أقل مِنْهُ، وَهُوَ الزائد عَلَى النصف، فَلِذَلِكَ وجب تقديره بِمَا قلنا.

---

(١) فِي ب

١٠٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَى شَيْئاً غَيرَهُ.

وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: اللَّهُمَّ تقبل من فلانٍ عند الذبح.

وَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ قبل التسمية، وقَبْلَ أَنْ يُضجع للذبح.

هَذِهِ المسألة عَلَى أوجه: فِي وجهٍ يحرم، وَفِي وجهٍ يُكره، وَفِي وجهٍ لَا بَأْسَ بِهِ.

أَمَّا الَّذِي: يحرم فَهُوَ أن يذكر مع اسم الله تَعَالَى غيره عَلَى سبيل العطف والشركة، بأن يُقال باسم الله واسم فلان، أَوْ قَالَ باسم الله وفلان، لِأَنَّ الله ﷻ قَالَ: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِۚ﴾ [البقرة: ١٧٣].

وَقَالَ ابن مسعود رضي الله عنه: (جَرِّدُوا التَّسْمِيَةَ عِنْدَ الذَّبْحِ).

وَقَالَ ﷺ: (موطنان لَا أُذكرُ فيهما عِنْدَ الْعُطَاسِ وَعِنْدَ الذَّبْحِ)(١).

فَإِذَا قَالَ بسم الله ومحمَّد رسول الله صَارَ الذبيحُ ميتةً لما قلنا.

وَأَمَّا الَّذِي يكره: بأَنْ يَكُونَ غيرُ اسم الله مقروناً بِهِ فِي الظاهر مِنْ غَيْرِ عطفٍ وَلَا شركةٍ، كما لو قَالَ: بسم الله محمَّد رسول الله، فيكره وَلَا يحرم، لِأَنَّ الشَّركَةَ لَمْ تُوجد وَلَمْ يكن الذبح وأفعاله، وَيُكْرَهُ لوجود الوصل صورة، والقِرانُ ظاهراً، وَذَلِكَ متصورٌ بصورة الحرام فوجب أن يكره.

وَأَمَّا الَّذِي لَا بَأْسَ بِهِ بأَنْ يَكُونَ منفصلًا عَنْهُ صورةً ومعنىً قبله أَوْ بعده.

---

(١) الَّذِي وجدته حديث البيهقي (لَا تذكروني عندَ ثلاثٍ عندَ تسميةِ الطَّعامِ وعندَ الذّبحِ وعندَ العطاسِ) برقم ١٩٦٥٤/، وَقَالَ فِيهِ انقطاع.

لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ يقول: (اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ هَذَا عَنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ مِمَّنْ شَهِدَ لَك بِالْوَحْدَانِيَّةِ وَلِي بِالْبَلَاغِ)[1].

وَهَذَا الثالث من الخواص.

١٠٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، أَنَّهُ قَالَ: لَا يُجْزِئُ فِي الهَدْي وَالضَّحَايَا إِلَّا الجَذَعَ مِنْ الضَّأْنِ، والثَنِيَّ مِنْ المَعْزِ وَالبَقَرِ وَالإِبِلِ فَصَاعِدَاً.

وأصلــه مــا روي عن النبي ﷺ أَنَّــهُ قَالَ: (لَا تضحوا إِلَّا بالمســنة، فإن أَعْوَزَ عليكم فَالْجَذَعُ مِنْ الضَّأْنِ)[2].

والمسنةُ هِيَ الثنيُّ.

وروي أَنَّ رَجُلَاً أتى بجذاع مِنْ الضَّأْنِ من[3] المدينة عند الأضحى فكسدت عَلَيْهِ، فروى أبو هريرة رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أجاز التضحية بالجَذَع مِنْ الضَّأْنِ[4] فعزت واشتراها المسلمون.

وَهَذَا استحسانٌ فِي الجَذَع.

والقياس أن لَا يجزئ، لِأَنَّهُ صغيرٌ فأشبه الجَذَع مِنْ غَيْرِ الضأن.

لكنهم استحسنوا بالسنة.

---

(١) تقدم تخريجه فِي كِتَاب الحج.

(٢) رواه أبو يعلى فِي مسنده برقم/ ٢٣٢٣/ .

(٣) فِي ي: إِلَى

(٤) تقدم تخريجه فِي كِتَاب الحج.

[مطلب: في الجذع والثني والعتود]

والجَذَع مِنْ الضَّأْنِ الَّذِي أتى عَلَيْهِ أكثر الحول.

الثنـيُّ مِنْهُ الَّـذِي تم لَهُ حولٌ وطعن فِـي الحول الثَّانِـي، وَكَذَلِكَ من المعز، والثنيُّ من البقر الَّذِي طعن فِي الحول الثالث، هَذَا هوَ المختار عند الفقهاء.

وَقَـدْ قَالَ بعض أَهْل اللغة خلافَ هَذَا، جعلـوا الجَذَع هُوَ الَّذِي تم لَهُ حول، والثنيَّ الَّذِي تم لَهُ حولان.

وَهَذَا غلط، والصحيح ما قلنا، وعَلَيْهِ إجماع الفقهاء ﷺ، وأكثر أَهْل اللغة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ السـنَّة وردت فِـي حديث أَبِي بُرْدَةَ بـنْ نِيَارٍ ﷺ فِـي العَتُود أَنَّهُ يُجْزِئُهُ، وَلَا يجزئ غيره[1].

والعتـود من المعز هُوَ الجذع، وَهُوَ الَّذِي لَمْ يُتم حوَلَهُ، لَا خلاف فِي العَتود وَهُوَ الجذع بِعَيْنِهِ.

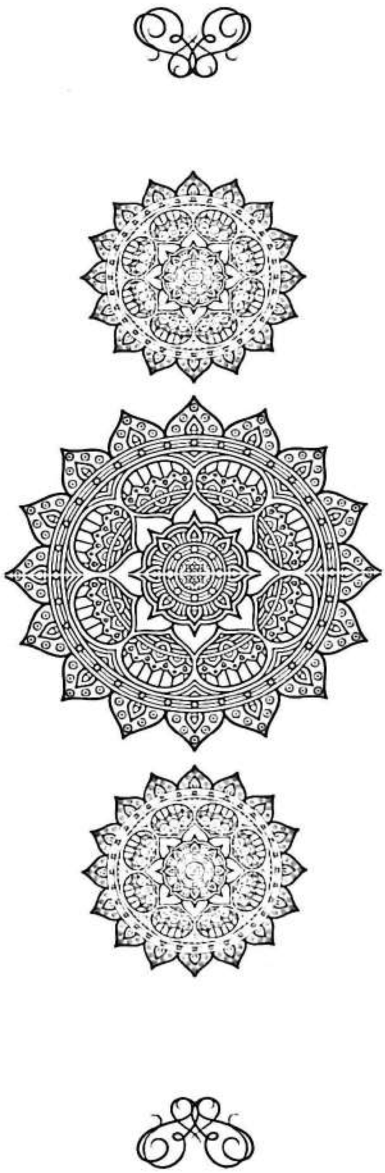
والثنـي من البقر عَلَى القول المختار الَّذِي تـم لَهُ حولان وطعن فِي الثالث، وَعَلَى القول الآخر وَهُوَ الَّذِي طعن فِي الرابع.

ومـن الإبل هُوَ الَّذِي لَهُ خمسـة أحوال وطعن فِي السـادس بِالْإِجْمَاعِ، والله أعلم بالصواب.

---

(١) رواه البخاري برقم/ ٥٢٣٦/، ومسلم برقم/ ١٩٦١/.

٣٥- كِتَابُ الكَرَاهِيَةِ



[بَابُ الكَرَاهِيَةِ فِي الأَكْلِ]

١٠٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ لُحُومَ الأُتُنِ وَأَلْبَانَهَا، وَلَمْ يَذْكُرْ اللَّبَنَ إِلَّا فِي هَذَا الْكِتَاب وَهَذَا مَذْهَبُنَا.

وَقَالَ الأوزاعي رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ حلالٌ.

وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن غالب بن أبجر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ يا رسول الله إنه لَمْ يبق من مالي إِلَّا الأحمُرُ الأهلية، فَقَالَ رسول الله ﷺ: (كُلْ مِنْ سَمِينِ مَالِكَ)[1].

ولأنَّ الوحشي مِنْهُ يؤكل فَكَذَلِكَ الأهلي كالبقر.

وَاحْتَجَّ أصحابنا رَحِمَهُمُ اللهُ: بحديث عليٍّ وجابر وعبد الله بن أوفى رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: (حَرَّمَ لُحُومَ الْحُمُرِ الإنسية يومَ خَيبرَ)[2].

---

(١) رواه الطبراني فِي الكبير برقم/ ٦٦٥/ وبلفظ (قالَ غالبُ بنُ أبجرَ: سألتُ رسولَ اللهِ ﷺ، قلتُ: لمْ يبقَ منْ مالي إلَّا أحمرةٌ؟ قالَ: أطعمْ أهلك منْ سمينِ مالكَ، قالَ: إنّما كرهتُ لكمْ جوالَّ القريةِ.)، وابن أبي شيبة/ ٢٤٨٢٦/ ، وعبد الرزاق برقم/ ٨٧٢٨/ ، والطيالسي برقم ١٣٠٥/ .

(٢) الحديث بتمامه رواه أبو داود برقم/ ٣٨١١/ وبلفظ (عنْ غالبِ بنِ أبجرَ قالَ أصابتنا سنةٌ فلمْ يكنْ فِي مالي شيءٌ أطعمُ أهلي إلَّا شيءٌ منْ حمرٍ وقدْ كانَ رسولُ اللهِ ﷺ حرّمَ لحومَ الحمرِ الأهليّةِ فأتيتُ النّبيَّ ﷺ فقلتُ يا رسولَ اللهِ أصابتنا السّنةُ ولمْ يكنْ فِي مالي ما أطعمُ =

وَفِـي الحديث أَنَّهم كانوا ذبحوها يَوْمَئِـذٍ، وأنَّ القدور لتغلي بِهَا، حَتَّى نَادَى مُنَادِي رَسُولِ اللهِ ﷺ أن (أَكْفِئُوا الْقُدُورَ)[1]، وَذَلِكَ دليل الحرمة والنجاسة.

ودلت هَذِهِ الأحاديث عَلَى أنَّ حديث غالب منسوخٌ أَوْ مؤوَّلٌ بأن يبيع ويأكل من ثمنه، وَإِذا ثبت حكم اللحم ثبت حكمَ اللبن لِأَنَّهُ متولد مِنْهُ.

وَإِنَّمَا أراد بالكراهة التحريمَ، إِلَّا أَنَّهُ احتاط لاختلاف النصوص.

واتفق أصحابنا فِي الحمار إِذَا ذُبح أنَّ لحمه طاهر وأنَّه لَا يؤكل، وَأَمَّا شحمُه فَلَا يؤكل.

وهل ينتفع بِهِ مِنْ غَيْرِ وجه الأكل؟ اختلف فِيهِ مشايخنا رحمهم الله.

فَقَالَ بعضهم: لَا يحل كما لَا يحل الأكل.

وَقَالَ بعضهم: بَلْ ذَلِكَ جائزٌ، لِأَنَّ تحريم الأكل لَا يدل عَلَى النجاسة، وَلَيْسَ من ضرورة النجاسة حرمة الانتفاع بِهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الزيت إِذَا خالطه ودك الميتة والزيت غالب أَنَّهُ لَا يؤكل والانتفاع بِهِ حلال، فَكَذَلِكَ ههنا.

❁ ❁ ❁

= أهلي إِلَّا سـمانُ الحمرِ وإنّكَ حرّمتَ لحومَ الحمرِ الأهليّةِ. فقالَ (أطعمْ أهلكَ منْ سـمينِ حمركَ فإنّما حرّمتها منْ أجلِ جوالِّ القريةِ)، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٩٩١٥/ .

(١) الحديث بتمامه: (عنِ البراءِ، وعبدِ اللهِ بنِ أبي أوفى رضي الله عنهم، أنهمْ كانوا معَ النّبي ﷺ فأصابوا حمـرا، فطبخوهـا فنادى منادي النّبـي ﷺ: «أكفئوا القـدورَ») متفق عَلَيْـهِ رواه البخاري برقم/ ٤٢٢١/ ، مسلم برقم/ ١٩٨٣/ .

[بَابُ الكَرَاهَةِ فِي الوَطءِ وَاللَّمْسِ]

١٠٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷫ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْجَارِيَة؛ لَا يَقْرَبُهَا وَلَا يَمَسُّهَا وَلَا يُقَبِّلُهَا وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوةٍ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا.

والأصل فِي وجوب الاستبراء عند حدوث حِل الوطء حديث النَّبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ فِي سبايا أوطاس: (أَلَا لَا تُوطَأُ الْحَبَالَى حَتَّى يَضَعْنَ، وَلَا الْحَيَالَى حَتَّى يَسْتَبْرِئْنَ بِحَيْضَةٍ)[1].

وَهَذَا معلولٌ لخوف الشغل بماء المالك الْأَوَّل، فوجب الاحتراز عَنْهُ بالاستبراء عند حدوث الوطء، لِأَنَّ ذَلِكَ زمان الاختلاط فوجب الاحتراز عَنْهُ، وتعدى هَذَا الحكم إِلَى المملوكة بِالشِّرَاءِ[2]، وسائر أسباب الملك بهذا المعنى.

وَأَمَّا الدواعي فَإِنَّهَا تحرم عندنا.

وَقَالَ بعض الفقهاء ﷭: لَا تحرم، لِأَنَّ النص ورد فِي الوطء وَهُوَ معلول بخوف الخلط بماء غيره وسقي زرع غيره بمائه وَذَلِكَ معدوم فِي الدواعي، فَلَمْ يتعدّ إليها التحريم، وَهَذَا كما قلنا فِي المسبية أنَّ الدواعي لَا تحرم هناك، وَهُوَ

---

(١) قَالَ الزيلعي فِي نصب الراية الحديث بلفظ: (لَا توطأُ حاملٌ حَتَّى تضعَ ولَا غيرُ ذاتِ حملٍ حَتَّى تحيضَ حيضةً) رواه أبو داود برقم/ ٢١٥٩/ واللفظ لَهُ، والبيهقي برقم/ ١٠٥٧٢/، والحاكم برقم/ ٢٧٩٠/ وَقَالَ صحيح عَلَى شرط مسلم.

(٢) فِي ب: بالتسري

المنصــوص والأصل فِي الباب، وَهَذَا فِي غَيْــرِه[1] محال أن يخالف الفرع أصله، ووجــه قولنا: أنَّ الدواعي فِي معنى الــوطء فوجب إلحاقها بِهِ كما قلنا فِي الظهار، وكما قلنا فِي غَيْرِ الملك.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لأنَّ الوطء إنما حرُم لاحتمال الوقوع فِي غَيْرِ الملك بأَنْ يَكُونَ قَــدْ حبلت من المالك الْأَوَّل فيصير حينئذ ســاقياً زرع غيره لِأَنَّــهُ يتبين أَنَّهُ وطء أم ولد غيره.

وَهَــذَا المعنى فِي الدواعي موجود لِأَنَّهَــا إِنْ كَانَتْ حاملًا من المالك فادعى الْوَلَد فصارت أمَّ ولده ظهر أنَّ الدواعي حصلت فِي مِلْكِ غيره، وَذَلِكَ حرامٌ، وَلَا نص فِي المسبية.

وروي عــن محمَّد ﵀ أَنَّهُ قَالَ: تحل الدواعــي، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يحتمل الوقوع فِي غَيْرِ الملك، لِأَنَّ المالك الْأَوَّل لَا يَمْلِك الدَّعْوَى، وَإِنَّمَا حرم الوطء لما فِيهِ من سقى زرع غيره، والدواعي تخالفها فِي ذَلِكَ المعنى.

❁ ❁ ❁

(١) فِي ب: فِي غَيْرِ المنصوص

[بَابُ الكَرَاهَةِ فِي البَيْعِ]

١٠٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْسَ بِبَيْعِ السِّرْقِينَ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ العَذَرَةِ.

أَمَّا بيع السرقين فجائزٌ عندنا.

وَقَالَ الشـافعي ﷺ: أَنَّهُ باطلٌ، لِأَنَّهُ نجس العين فَلَمْ يكن مَالاً فَلَا يَجُوزُ بيعه كالعذرة.

وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ بأَنَّ السـرقين مالٌ فجاز بيعه كسائر الأموال، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا[1] مال لِأَنَّ الْمَال إِنَّمَا يتمول وينتفع بِهِ.

وَقَدْ تموّل المسـلمون السرقين وانتفعوا بِهِ مِنْ غَيْرِ نكيرٍ من أحدٍ من السلف بخلاف العذرة، لِأَنَّ العادة فِي الانتفاع بِهَا لَمْ توجد، وَإِنَّمَا يُنتفع بِهَا مخلوطةً برمادٍ أَوْ ترابٍ غالب عَلَيْهَا.

والدليـل عَلَى الفـرق أنَّ العذرة جاورت الآدمي، فصـارت خارجة عن حد الابتذال تعظيماً للآدمي كشعره وعظمه، بخلاف السرقين.

١٠٣٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ عَلِمَ جَارِيَةً أَنَّها

(١) فِي ب: إنّه مال

لِرَجُلٍ ثُمَّ وَجَدَهَا فِي يَدِ آخَرَ يَبِيعَهَا وَهُوَ يَزْعُمُ أَنَّ صَاحِبَهَا وَكَّلَهُ بِبَيعِهَا أَيَسَعُهُ أَنْ يَشْتَرِيها مِنْهُ وَيَطَأَهَا. قَالَ: نَعَمْ.

وأصله أنَّ خبر الواحد فِي المعاملات حجةٌ لإجماع الْمُسْلِمِينَ عَلَى ذَلِكَ.

وبالكتاب والسنة فإنَّ الله تَعَالَى جَعَلَ خبر الواحد حجةً فِي آيات من كتابه مثل قولَهُ: ﴿وَجَآءَ رَجُلٌ مِّنۡ أَقۡصَا ٱلۡمَدِينَةِ يَسۡعَىٰ﴾ [القصص: ٢٠]، ومثل قولَهُ: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩].

وتواترت بِهِ السنة، وَفِي ذَلِكَ ضرورة وبلوى، وَلِذَلِكَ جعلنا خبر الفاسق حجةً فِي هَذَا البَابِ وَلَمْ تشترط العدالة لما ذكرنا من الضرورة، لَكِنَّهُ يُحكم رأيه فِي الفاسق بخلاف العدل.

[مَسَائِلُ مِنْ كِتَابِ الكَرَاهَةِ لَمْ تُشَاكِلْ مَا فِي البَابِ]

١٠٣٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي أَمَـةٍ لِرَجُلٍ قَالَتْ لِرَجُلٍ: بَعَثَنِي مَوْلَايَ إِلَيكَ هَدِيَّةً. قَالَ: يَسَعُهُ أَنْ يَأْخُذَهَا لِمَا بَيَّنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

وَفِي حديث علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَبل جارية هدية، وَقَالَ لَهَا أفارغةٌ أنت أم مشغولةٌ، فَقَالَتْ أنا مشغولةٌ، فقبل قولَهُا[1].

١٠٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَـأْسَ بِأَنْ يَنْظُرَ ذُو الرَّحِمِ مِنْ الْمَرْأَةِ الْمَحْرَمِ إِلَى رَأْسِـهَا، وَيُكْـرَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى بَطْنِهَا وَظَهْرِهَا وَفَخذِهَا.

وأصـل هَذَا انَّ النظر إِلَى مواضع الزينة من المحـارم جائزٌ، وَكَذَلِكَ المس، ولَا يَجُوزُ الاستمتاع بوجه من الوجوه.

وَإِنَّمَا جَـازَ بالكتاب، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] فصح بهذا أَنَّ الزينة نوعان.

---

(١) رواه عبد الرزاق برقم/ ١٣١٧٦/

ثُمَّ قَالَ: ﴿وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] إِلَى آخَرَ القصة، فأطلق وَلَمْ يقيد، فثبت بِهِ أن لَا بَأْسَ بإبداء ذَلِكَ كله.

والمـراد بالزينة مواضع الزينة، جَعَلَ كناية عَنْهُ للمجاورة، ويحتمل أَنْ يَكُونَ أراد بِهِ حال التزين فيقتضي إباحة النظر إِلَى مَا لَا ينفصل عن الزينة.

والسنَّة قَدْ كثرت فِي ذَلِكَ، وَفِي ذَلِكَ ضرورة لِأَنَّ صلة الرحم واجبةٌ، وأدنى ذَلِكَ بالزيارة.

ومن السنَّة أن تكون الْمَرْأَة فِي ثياب فُضُل، فتخرج هِيَ فِي الستر ويخرج هُوَ فِي غض البصر أَوْ ينقطع التزاور.

ولأنَّ المحرميـة دليلٌ عَلَى قلة الشـهوة ووقوع الأمن عـن الفتنة فِي العادة، والضـرورة فِـي مواضع الزينـة وَهِيَ الـرأس والعنـق والأذن والصـدر والعضد [والكف][(١)] والذراع والساق والقدم، كل هَذِهِ مواضع الزينة.

[مطلب: في الظهر ليس من الزينة]

فأمَّا الظُّهر فَلَيْسَ من مواضع الزينة.

أَلَا تَرَى أَنَّ التشـبيه بالظهر جَعَلَ تحريماً[(٢)] كسائر العورات؟ بخلاف الرأس والعضـد والكف وَمَا يحل إبداؤه، والعقاص [من][(٣)] زينة الشـعر، والبطن كَذَلِكَ لَيْسَ من مواضع الزينة.

---

(١) فِي ب

(٢) إِذَا شبه زوجته بظهر أمه قَالَ أنت عليَّ كظهر أمي فَقَدْ حرمت عَلَيْهِ وكان ظهاراً.

(٣) فِي ب

وَقَالَ عَنْ إمام الأئمة أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ فِي الرَّجُلِ يريد شراء جاريةٍ فَلَا بَأْسَ بأن يمس ساقها وصدرها وذراعها، وينظر إِلَى ذَلِكَ كله مكشوفاً.

وأصله: أنَّ الأمة الأجنبية فِي المس والنظر بِمَنْزِلَةِ المحرم بالكتاب والسنة والمعقول.

أَمَّا الْكِتَاب: فإنَّ الله تَعَالَى حصن الحرائر بالجلباب ليعرفن من الإماء، فَقَالَ: ﴿ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَن يُعۡرَفۡنَ فَلَا يُؤۡذَيۡنَ﴾ [الأحزاب: ٥٩]، فبقي حكم الإماء بالنَّص عَلَى ما كَانَ.

وعن النَّبي ﷺ: (أَنَّهُ مسَّ ناصيةَ أَمَةٍ وَدَعَا لَهَا بِالْبَرَكَةِ)[١].

ومرّ عمر ﵁ بأمة متقنعة فعلاها بالدرة، وَقَالَ: (أَلْقِي عَنْكِ الْخِمَارَ، يَا دَفَارِ أَتَتَشَبَّهِينَ بِالْحَرَائِرِ؟)[٢].

وَأَمَّا المعقول: فالضرورة، لِأَنَّهَا تحتاج إِلَى الخروج فِي الحوائج والأخذ والإعطاء، وتكليف الستر يؤدي إِلَى الحرج، ولأنَّ الرغبة فِيهِنَّ نادرة.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة فِي المصنف برقم/ ١٧٩٦٠/ ، بلفظ (عنْ سهلِ بنِ سعدٍ السّاعديِّ أنّهمْ مرّوا عَلَيْهِ بجاريةٍ قدْ زيّنتْ قالَ: فدعا بِهَا ونظرَ إليها وأجلسها فِي حجرهِ، ومسحَ عَلَى رأسها ودعا لها بالبركةِ)، وأوقفه عَلَى الصحابي.

(٢) لفظ الحديث (عنْ نافعٍ أنَّ صفيّةَ بنتَ أَبي عبيدٍ حدّثتهُ قالتْ: خرجتِ امرأةٌ مختمرةٌ متجلببةٌ، فقالَ عمرُ ﵁: منْ هذهِ الْمَرْأَة؟ فقيلَ لهُ: هذهِ جاريةٌ لِفُلَانٍ رجلٌ منْ بنيهِ، فأرسلَ إِلَى حفصةَ رضيَ اللهُ عَنْهَا فقالَ: ما حملكِ عَلَى أنْ تخمّري هذهِ الأمةَ وتجلببيها وتشبّهيها بالمحصناتِ حَتَّى هممتُ أنْ أقعَ بِهَا لَا أحسبها إِلَّا منَ المحصناتِ، لَا تشبّهوا الإماءَ بالمحصناتِ). رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ٣٣٤٦/ .

فالظاهر من حالهن قلةُ الشـهوة مـن الرِّجَال والرغبة فِيهِنَّ ووقوع الأمن عن الفتنة، فَلِذَلِكَ ألحقت الأمة بالمحرم.

وذكر القُدوري رحمه الله عن محمَّد رحمه الله أَنَّهُ كره للشـاب مس شيءٍ من ذَلِكَ، لِأَنَّ بالنظر كفاية.

وَلَمْ ير أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله بِذَلِكَ بَأْسَاً لضرورة العلم ببشرتها.

١٠٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْسَ بِرِزْقِ القَاضِي.

هَذِهِ المسـألة عَلَى وجهين: إِمَّا أَنْ يَكُونَ شـرطاً ومعاقـدةً كعقد الإجارة، أَوْ كفايةً ومؤنةً كالنفقة.

أَمَّـا الوجـه الْأَوَّل: فباطـلٌ حـرامٌ لِأَنَّ القضاء أعظـم الطاعات، فَـإِذَا بطل الاستئجار عَلَى سائر الطاعات فعلى هَذَا اولى.

أَلَا تَرَى أَنَّ حكم القَاضِي بالرشوة لَا ينفذ[1]؟

وإِنْ كَانَ القَاضِي لَا ينعزل عندنا بالجور والفسق والارتشاء خلافاً للمعتزلة.

وَأَمَّا الثَّانِي: فحلالٌ لَا بَأْسَ بِهِ، لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بعث عَتَّابَ بْنَ أَسِـيدٍ رضي الله عنه إِلَى مَكَّةَ وفرض لَهُ، وبعث علياً رضي الله عنه إِلَى اليمن، وفرض لَهُ وفرض لمعاذ رضي الله عنه أَيْضَاً.

ولما اسـتخلف أبو بكر رضي الله عنه فخرج بمتاع لَهُ يبيعه للنفقة فرض لَهُ المسلمون كل يوم درهماً وثلثين، وكان عمر رضي الله عنه يأخذ كفايته.

---

(١) أي فِي تلك الحادثة. حاشية أ

وفرض عمر رضي الله عنه لشُـريح، وفرض علي رضي الله عنه لشُـريح أَيْضَـاً وعزله ثُمَّ أعاده وزاد فِي وظيفته، وعَلَى ذَلِكَ إجماع الْمُسْلِمِينَ، وَلِأَنَّهُ محبوس بحقوق الْمُسْلِمِينَ، والحبس من أسـباب النفقة كالنكاح والعدة والوصي والمضارب إِذَا سـافر بِمَالِ المضاربة، أَوْ خرج بِهِ عَلَى ما قالوا وَمَا أشبه ذَلِكَ.

وَإِنَّمَـا يفرض ذَلِكَ من بيت الْمَال لِأَنَّهُ مشـغول بحـق العامة فيفرض لَهُ فِي مالهم، وَهَذَا إِذَا كَانَ مال بيت الْمَال حلالًا جمع بحق.

فأمَّـا إِذَا كَانَ حرامـاً جمع بباطلٍ لَـمْ يحل لَهُ أخذه بحال لِأَنَّ سـبيل الحرام والغصب رده إِلَى صاحبه، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِمَالِ عامة الْمُسْلِمِينَ.

[مطلب: فيما يفرض للقاضي]

واتفقـوا أَنَّ القَاضِي إِذَا كَانَ محتاجاً فإِنَّ الأفضـل لَهُ بَلْ الواجب عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ رزقه وكفايته، لِأَنَّهُ لَا يتوصل إِلَى إقامة ما عَلَيْهِ إِلَّا بِذَلِكَ، فَلَمَّا كَانَ القضاء فرضاً عَلَيْهِ افترض عَلَيْهِ مَا لَا يتوصل إِلَيْهِ إِلَّا بِهِ، فأمَّا إِذَا كَانَ غنياً عَنْهُ فإن المشايخ اختلفوا فِيهِ.

فَقَـالَ بعضهم: أخذه حلال، لِأَنَّ الغنى لَا يقوم للنفقة الدارة مع الشـغل عن الكسب، وتركه أفضل رفقاً ببيت مال الْمُسْلِمِينَ وتنزهاً عن الحلال.

وَقَـالَ بعضهم: بَـلْ أخذه أفضل صيانـةً للحكم عن أن يهـون عند الأمراء، وصيانـةً للمحتاجين، لِأَنَّ الـرزق إِذَا انقطع لغناه تعذرت إعادته إِذَا نزل منزلته من يحتاج إِلَيْهِ، وسمَّاه رزقاً ليُعلم أَنَّهُ مقدرٌ بالكفاية فِي كل زمانٍ.

١٠٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُدعى إِلَى الوَلِيمَةِ

وَالطَّعَامِ فَيَجِدُ ثَمَّةَ اللَّعِبَ وَالغِنَاءَ. قَالَ: لَا بَأْسَ أَنْ يَقْعُدَ ثَمَّةَ فَيَأْكُلَ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: قَدْ ابْتُلِيتُ بِهَذَا مَرَّةً.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَـواصِّ، لِأَنَّ تناول الطعام فِي الوليمة سـنَّة، فَـلَا يجب تركها للبدعـة الَّتِـي قَدْ اقترنت بِهَا، أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّلَاة عَلَـى الميت لَا يَجُوزُ تركها، وَإِنَ حضرها نياحة النِّسَاء؟

هَذَا اذَا كَانَ الغناء واللعب فِي ذَلِكَ المنزل لَا عَلَى المائدة، فأَمَّا إِذَا كَانَ عَلَى المائدة فَلَا يَنْبَغِي أن يقعد لقولَهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّـٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨].

وَهَذَا إِذَا كَانَ الرَّجُل خاملَ الذكر لَا يشـينُ الدِّين قعودُه، فأَمَّا إِذَا كَانَ مقتدىً مشـاراً إِلَيْـهِ فَلَا يَنْبَغِي أن يقعـد بَلْ يخرج، ويُعرض عنهم إن لَـمْ يقدر عَلَى النهي والتغيير، لِأَنَّ ذَلِكَ يشينُ الدِّين ويفتح باب المعصية عَلَى الْمُسْلِمِينَ.

وَهَـذَا إِذَا لَمْ يعلـم حَتَّى حضر، فأَمَّا إِذَا علم بِذَلِكَ قبـل الحضور فَإِنَّهُ يَنْبَغِي أن لَا يحضر، لِأَنَّ حق الوليمة لَا يلزمه ههنا، فَلَا يلزمه إِذَا لَمْ يخلص مِنْهُ، فأَمَّا إِذَا هجم عَلَيْهِ فَقَدْ لزمه فَلَا بَأْسَ بإنفاذه.

وقولَـهُ: (الغناء واللعب) دليـلٌ عَلَى أَنَّ التحريم لَا يختـص بالمزامير، وأَنَّ الضـرب [بالقصـب][1] والتغني مع ذَلِكَ حرامٌ أَيْضَـاً، لِأَنَّ ذَلِكَ لهو ولعبٌ، وَهُوَ حرامٌ كله.

وقـول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: (قَدْ ابتليت بهذا مرة) دليلٌ عَلَى حرمة اللعب والغناء،

(١) فِي ب

لولا ذَلِكَ لما سماه ابتلاء، وَذَلِكَ كَانَ فِي أول أحوال أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَلَمْ يكن يَوْمَئِذٍ مقتدىً مشاراً إِلَيْهِ.

١٠٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: أَكْرَهُ أَبْوَالَ الإِبْلِ وَأَكْلَ لُحُومِ الفَرَسِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ كُلِّهِ. أَمَّا أَبْوَالَ الإِبْلِ وَكُلِّ مَا يُؤكَلُ لَحْمُهُ فَحَرَامٌ نَجِسٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: هُوَ حَلَالٌ طَاهِرٌ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بِشُرْبِهِ لِلتَّدَاوِي.

وَقَدْ مرت [هَذِهِ][1] فِي كِتَاب الصَّلَاة.

وقول أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ: ههنا ينصرف إِلَى لحم الفرس، فأمَّا البول فَإِنَّهُ نجسٌ عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَيْضاً، وَإِنَّمَا أطلق شربه للتداوي.

وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد ﷺ بحديث أسماء وأنسٍ ﷺ أنَّهما قالا: (أكلنا لحمَ الفرسِ عَلَى عهدِ رسولِ الله ﷺ)[2].

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ بقولهُ تَعَالَى: ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ [النحل: ٨].

ذكر المنافع وَلَمْ يذكر منفعة الأكل[3]، وَاحْتَجَّ بحديث المقدامِ بن معدي

---

(١) فِي ب

(٢) وَلَوْ كَانَ حراماً لما خفي عَلَى أنس ﷺ

(٣) فعد منّ الله تَعَالَى عَلَى عباده بِمَا جَعَلَ لهم من منفعة الركوب والزينة فِي الخيل وَلَوْ كَانَ =

كـرب وخالد بن الوليد ﭬ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (حَرَامٌ عَلَيْكُمْ لُحُومُ الْحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ وَخَيْلُهَا وَبِغَالُهَا)[١].

وَهُـوَ مذهب ابن عباس ﭭ، واسـتدل بحرمة لحم البغـل وَهُوَ منفصل عن الخيل، والعبرة بالأمهات.

ولأنَّ فِي إطلاق أكل لحوم الخيل قطعُ مادة الجهاد، ومنفعةُ حياته تربو عَلَى منفعة لحمه بوجوه لَا تحصى، فأشبه لحم الآدمي.

وحكايـة الفعـل فِي حديث أنسٍ وأسـماءَ ﭭ يحتمل وجوهـاً، بأن يكونوا فعلوا لعذر وضرورة، أَوْ لَمْ يبلغ ذَلِكَ رسول الله ﷺ فَلَا تقوم بِهِ الحجة.

واختلفت الرواية عن أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي تفسـير الكراهة، فجواب الأصل أَنَّهُ كراهة تنزيه[٢]، إِلَيْهِ أشار قبل هَذَا فِي السؤر والبول[٣].

= مأكـولًا لكان الأولى أن يذكر منفعة الأكل إذ فِيهِ بقاء النفوس وَلَا يليق بالحكم ترك أعظم وجوه المنفعة عند إظهار المنة وذكر ما دون ذَلِكَ، أَلَا تَرَى أنه ذكر فِي الأنعام الأكل بقولَهُ ومنها تأكلون. حاشية أ

(١) الحديـث بتمامـه عنْ صالحِ بنِ يحيـى بنِ المقدامِ عنْ جدّهِ المقـدامِ بنِ معدي كربَ عنْ خالـدِ بـنِ الوليدِ قالَ غزوتُ معَ رسـولِ اللهِ ﷺ خيبـرَ فأتتِ اليهودُ فشـكوا أنَّ النّاسَ قدْ أسرعوا إِلَى حظائرهمْ فقالَ رسولُ اللهِ ﷺ « ألَا لَا تحلُّ أموالُ المعاهدينَ إِلَّا بحقّها وحرامٌ عليكمْ حمرُ الأهليّةِ وخيلها وبغالها وكلُّ ذي نابٍ منَ السّباعِ وكلُّ ذي مخلبٍ منَ الطّيرِ»، رواه أبو داود برقم/ ٣٨٠٨/، وأحمد برقم/ ١٦٨٦٢/.

(٢) فِي أ: تنزه

(٣) قَـدْ ذكر فِي كِتَاب الصَّلَاة من هَذَا الْكِتَاب أن بول الفرس والحمار ليسـا سـواء، فإن بول الفرس لَا يفسـد إِلَّا أن يكون كثيراً فاحشـاً، وبول الحمار يفسده إِذَا كَانَ أكثر من الدرهم، فهذا يدل عَلَى أنه كراهة، وصورة ما ذكر فِي الأصل عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَكَذَلِكَ ذكر فِي كِتَاب الصَّلَاة.

وذكر الحسن بن زياد ﷺ فِي كتابه أَنَّهُ كراهةُ تحريمٍ، وَإِنَّمَا رُجع فِي رواية الحسن ﷺ إِلَى الآثار وإلى ما ذكرنا من الاستدلال بالبغل، والصحيح ما ذكر فِي [ظاهر][1] الرواية، لِأَنَّ الكراهة إِنَّمَا وردت تعظيماً للخيل، وَلَا يليق بِهِ التحريم.

١٠٤٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا يَقْرَبُ الْمُظَاهِرُ وَلَا يَلْمِسُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يُكَفِّرَ.

وأصل ذَلِكَ أَنَّ الظهار يوجب التحريم، هَذَا حكم الشرع ثبت ذَلِكَ بإشارة الْكِتَاب ونص السنة.

أَمَّا الْكِتَاب فقول الله تَعَالَى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ [المجادلة: ٣]، أَمَرَ بتقديم الكفارة عَلَى المسيس، فدلَّ ذَلِكَ عَلَى تحريم المسيس.

وَقَالَ النَّبي ﷺ للذي ظاهر وقربها: (لَا تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّرَ)[2].

فهذا نصٌّ فِي التحريم: وَإِذَا ثبت التحريم وجب العمل بمقتضاه، وَهُوَ تحريم البدن كله عملًا بحقيقة التشبيه وحق[3] تحريم الفعل، ولأَنَّ الظهار كَانَ طلاقاً

---

(١) فِي ب

(٢) لفظ الحديث (عنْ عكرمةَ أنَّ رَجُلاً ظاهرَ منَ امرأتهِ ثمَّ واقعها قبلَ أنْ يكفِّرَ فأتى النَّبيَّ ﷺ فأخبرهُ فقالَ «ما حملكَ عَلَى ما صنعتَ». قالَ رأيتُ بياضَ ساقيها فِي القمرِ. قالَ «فاعتزلها حَتَّى تكفِّرَ عنكَ».) رواه أبو داود رقم/ ٢٢٢٣/، والبيهقي فِي الكبرى رقم/ ١٥٠٣٨/.

(٣) فِي ب: فِي حق

وقطعاً للنكاح نقله الشرع إِلَى تحريم الفعل فقام مقام الحكم الْأَوَّل، والحكم الْأَوَّل كَانَ عاماً فِي البدن كله فَكَذَلِكَ الثَّانِي الَّذِي يخلفه.

وَإِنَّمَا ينتهي هَذَا الحكم بالكفارة لقولَهُ ﷺ: (لَا تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّرَ)، وكلمة حَتَّى للغاية.

١٠٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ أَمَتَانِ أُخْتَانِ فَقَبلَهُمَا بِشَهْوَةٍ لَمْ يَقْرَبْ إِحْدَيهمَا وَلَمْ يَمسهَا وَلَمْ يَنْظُرْ إِلَى فَرْجِهَا بِشَهْوَةٍ حَتَّى يَمْلِكَ فَرْجَ إِحْدَيهِمَا غَيرُهُ بِنِكَاحٍ أَوْ مِلْكِ يَمِينٍ أَوْ عِتْقٍ.

أصل هَذِهِ المسألة: أَنَّ الله ﷻ حرم الجمع بين الأختين عطفاً عَلَى قولَهُ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٣].

فالمراد من تحريم الأمهات فِي حق اقتضاء الشهوة وأسبابه بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى استوى فِيهِ النكاح وملك الْيَمِين.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ إن ملك أمّه أَوْ بنته من الرضاع لَمْ يحل لَهُ الاستمتاع بِهَا؟ فَكَذَلِكَ المراد من تحريم الجمع بين الأختين هُوَ التحريم فِيمَا قلنا، والجمع بين نَفْسِي ملك الْيَمِين مطلقٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ باستمتاع وَلَا سبب لَهُ، بخلاف النكاح لِأَنَّهُ سببه.

فأمَّا الجمع فِي الوطء فَهُوَ حُرَّامٌ لِأَنَّهُ هُوَ الأصل فِي الاستمتاع.

وَكَذَلِكَ الجمع فِي التقبيل والمس والنظر إِلَى الفرج للشهوة [حرام][1] لِأَنَّهُ استمتاعٌ وداعٍ إِلَى ما هُوَ المقصود.

---

(١) فِي ب.

فأمَّا إِذَا قبلهما جَمِيْعَاً [للشـهوة][1] فَقَدْ باشـر حراماً ونُزل منزلة وطئها، وَلَوْ وطأهـا لَمْ يحل لَهُ وطء وَاحِدَة مِنْهُمَا، لِأَنَّهُ يصيـر جامعاً بينهما فِي الحكم المراد بالنَّص، فَكَذَلِكَ ههنا.

وعن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ سـئل عن الجمع بين الأختين فِي مِلْكِ الْيَمِين اسـتمتاعاً بهما، فَقَالَ: (أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ)[2]، فالتحريم أولى.

وأراد بالآية المحرِمة هَذِهِ الآية، وَهُوَ قولَهُ تَعَالَى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّسَاء: ٢٣].

وأراد بالأُخْرَى قولَهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦]، وَلَمْ يفصل.

وعن عمار بن ياسـر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: (مَا حَرَّمَ اللهُ تَعَالَى مِنَ الْحَرَائِرِ شَـيْئًا إِلَّا حَـرَّمَ مِنَ الإِمَـاءِ مِثْلَهُ، إِلَّا العَدَد)[3]، يريد بالعـدد أنَّ ملك النكاح مقصور عَلَى الأربع، وملك الْيَمِين والاسـتمتاع بِهِ غير مقصـور عَلَى عدد. وَقَدْ ثبت بِهِ أَنَّهما فِيمَـا وراء ذَلِكَ سـواء، وَإِذا ثبت ذَلِكَ بقيت الحرمة إِلَـى أن يزول معنى حكم الجمع.

وَإِنَّمَا يـزول بزوال مِلك الرقبة بِالْبَيْعِ أَوْ الهبة، أَوْ بزوال مِلك الْمُتْعَة بالنكاح وَهُوَ مثل الجمع فِي الوطء، وَقَدْ مرَّ بعض هَذِهِ المسألة قبل هَذَا.

(١) فِي ب.

(٢) رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٤٣٠٤/، ومالك برقم/ ٥٣٦/، والدارقطني برقم/ ١٣٥/، وكلهم ذكروا أنَّ المسؤول هُوَ عثمان بن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٣) رواه مالك فِي الموطأ برقم/ ٥٣٦/.

١٠٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْسَ بِعِيَادَةِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

وأصل ذَلِكَ أَنَّ العيادة حقٌ شُرع براً ومواصلةً، فَلَا بَأْسَ ببِر أَهْلِ الْكِتَاب، قَالَ تَعَالَى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ﴾ [الممتحنة: ٨].

وَأَهْلُ الذِّمَّة يساوون الْمُسْلِمِينَ فِي العصمة عندنا، حَتَّى يلزمنا الذب عنهم كما يلزمنا الذب عن الْمُسْلِمِينَ.

وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ وجبت العيادة حقاً واجباً بحكم العهد كما وجبت بحكم الْإِسْلَام.

والدليل عَلَيْهِما روي أَنَّ يهودياً مرض فِي جوار النَّبي ﷺ فَقَالَ النَّبي ﷺ: (قُومُوا بِنَا نَعُودُ جَارَنَا الْيَهُودِيَّ) فعاده، وقعد عند رأسه وَقَالَ لَهُ: (قُلْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ محمَّد رَسُولُ اللهِ) فنظر الفتى المريض إِلَى أبيه فَقَالَ أبوه: أجبه، فأجابه وشهد أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ، وَأَنَّ محمَّدا رَسُولُ اللهِ، ثُمَّ مَاتَ، فَقَالَ النَّبي ﷺ: (الْحَمْدُ للهِ الَّذِي أَعْتَقَ بِي نَسَمَةً مِنْ النَّار)[1].

فثبت أنه لَا بَأْسَ بِهِ.

---

(١) رواه ابن السني فِي عمل الْيَوْم والليلة برقم/ ٥٥٣ ، بلفظ (عن ابن بريدة، عن أبيه، قَالَ: كنا جلوسا عند رسول الله ﷺ، فَقَالَ: «اذهبوا بنا نعود جارنا اليهودي»، قَالَ: فأتيناه، فَقَالَ: «كيف أنت يا فلان»؟ فسأله، ثم قَالَ: «يا فلان، اشهد أن لَا إله إِلَّا الله، وأني رسول الله» =

[مطلب: في الخرقة تحمل لمسح العرق]

قَالَ: وكان يكره هَذِهِ الخرقة الَّتِي تحمل ليمسح بِهَا العرق.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ أَيْضَاً.

وَإِنَّمَا كره ذَلِكَ لِأَنَّهُ بدعةٌ محدثةٌ لَمْ يَكُنْ النَّبي ﷺ يفعل ذَلِكَ وَلَا أحدٌ من الصحابة والتابعين، وَإِنَّمَا كَانَ يمسحون بأطراف أرديتهم، وَلِأَنَّهُ ضربٌ من التكبر، وتشبهٌ بزيِّ العجم.

وَكَذَلِكَ الخرقة يمتخط بِهَا تكره أَيْضَاً لما قلنا، وَكَذَلِكَ الَّتِي يُتمسح بِهَا الوضوءُ محدثةٌ وبدعةٌ أَيْضَاً، فيجب أن تكره.

وذكر بعض مشايخنا المتأخرين أنَّ الْمُسْلِمِينَ قَدْ استعملوا فِي عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لدفع الأذى عند تغيير اللباس والثياب، وَمَا رآه المسلمون حسناً فَهُوَ عند الله حسن، فيجوز أن يصير ذَلِكَ بإجماع الْمُسْلِمِينَ منسوخاً.

وحاصله: أنَّ من فعل شَيْئاً من ذَلِكَ تكبراً فَهُوَ مكروهٌ وبدعةٌ، ومن فعل ذَلِكَ لحاجةٍ وضرورةٍ لَمْ يكره، ونظيره التربع للجلوس والإتكاءُ قَدْ يفعله الرَّجُل تكبراً ونحوه فيكره، وَقَدْ يفعله للضرورة والحاجة فَلَا يكره.

١٠٤٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ تَعَالَى، أَنَّهُ كَرِهَ أَكْلَ الزَّنْبُورِ.

= فنظر الرَّجُل إِلَى أبيه، فَلَمْ يكلمه، ثم سكت ثم قَالَ: وَهُوَ عند رأسه فَلَمْ يكلمه، فسكت، فَقَالَ: «يا فلان، اشهد أن لَا إله إِلَّا الله، وأني رسول الله». فَقَالَ لَهُ أبوه: اشهد لَهُ يا بني. فَقَالَ: أشهد أن لَا إله إِلَّا الله، وأنك رسول الله. فَقَالَ: «الحمد لله الَّذِي أَعْتَقَ رقبة من النَّار».

قَالَ الشـيخ الإمام عبد العزيـز محمَّد بن أحمـد الحلَواني ﵀: طعن بعض أصحـاب الشـافعي ﵀ عَلَى أَبِي حَنِيفَـةَ ﵀، وزعموا أنَّ أَبَـا حَنِيفَةَ ﵀ كره أكل الزيتـون، والله تَعَالَـى مدحه فَقَـالَ: ﴿شَجَرَةٍ مُّبَٰرَكَةٍ زَيْتُونَةٍ﴾ [النـور: ٣٥]، وَقَالَ: ﴿تَنۢبُتُ بِٱلدُّهۡنِ وَصِبۡغٍ لِّلۡأٓكِلِينَ﴾ [المؤمنون: ٢٠].

وَهَـذَا جهلٌ وتصحيـفٌ من هَـذَا الطاعن، ظن أَنَّـهُ زيتـونٌ، وَإِنَّمَا أراد الزنبور[1].

والمـراد من الكراهـة التحريـم لِأَنَّ الله تَعَالَى حرم الخبائـث، والزنبور من الخبائث مثلُ الفأرة والحية والعقرب، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

١٠٤٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَتَحَركُ سِنَّهُ قَالَ: لَا يَشُـدَّهَا بِالذَّهَبِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: لَا بَـأْس بِهِ. وكان أَبُو حَنِيفَةَ ﵀ لَا يَرَى بَأْسَـاً بِأَنْ يُشَدَّ بِالفِّضَةِ، وَهُوَ قولَهُ الآخَرُ الَّذِي رَجَعَ إِلَيْهِ، وَذَكَرَ فِي الإِمْلَاءِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ أَنَّهُ لَمْ يَرَ بِالذَّهَبِ بَأْساً أَيْضاً.

هَذِهِ إشـارة إِلَى أنَّ قول أَبِي يُوسُفَ ﵀ مثل قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وروي عَنْهُ فِي الإملاء مثل قول محمَّد ﵀.

احتـج محمَّد ﵀ بِمَـا روي عن عرفجة بن أسـعد ﵁ أَنَّهُ أُصِيـبَ أَنْفُهُ يَوْمَ

(١) وَلَا عَلَيْـهِ فِي طعن الطاعن الَّذِي لَا يفرق بين الزنبور والزيتون فَهُوَ سـوء الأدب مِنْهُ، وَلَا يقـع الطعـن إِلَّا عَلَى الَّذِي لَا يقتدى بِهِ، وجلالة مقام الإمـام ﵁ مصونة عن طعن من لَا يعرف مقامه انتهى لمحرره طرقجي زاده غفر الله لَهُ. من حاشية أ

الْكُلَابِ فَاتَّخَذَ أَنْفًا مِنْ وَرِقٍ فَأَنْتَنَ عَلَيْهِ، فَأَمَرَهُ النَّبي ﷺ فَاتَّخِذَ أَنْفًا مِنْ ذَهَبٍ[1].

ولأنَّ الذهب والفضة فِي حرمة الاستعمال سواءٌ، فَإِذَا حل التضبيب بالفضة وجب أن يحل بالذهب أَيْضاً.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ بأنَّ استعمال الذهب والفضة حرام إِلَّا عند الضرورة، وَقَدْ زالت الضرورة بالأدنى وَهُوَ الورق فَلَمْ يحل مَا لَا ضرورة فِيهِ، كما يحل التختم للرجال بالفضة دون الذهب.

والجوابُ عن احتجاج محمَّد ﷺ بالحديث أنَّا نسلم ذَلِكَ فِي الأنف إِذَا أنتن، وإليه أشار فِي السير الكبير أنَّ مسألة الأنف عَلَى الاتفاق إِذَا أنتن أَوْ خيف ذَلِكَ، وَلَا تخلو الْفِضَّة عن ذَلِكَ، وَأَمَّا تضبيب الأسنان فخال عن هَذَا العذر، والذي قاله من القياس يبطل بالتختم.

١٠٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا تَتَخَتَّمُ إِلَّا بِالْفِّضَةِ.

قَالَ الشيخ الإمام: هَذَا نصٌ عَلَى أنَّ التختم بالحجر الَّذِي يسمى يشب حرامٌ لعموم النهي بالتحريم بقولَهُ: (لَا تتختم إِلَّا بكذا).

وَكَذَلِكَ التختم بالحديد والصفر وغير ذَلِكَ حرام كله.

أَمَّا التختم بالحديد والصفر واليشب وغير ذَلِكَ حرام بِالْإِجْمَاعِ، لما روي عن

---

(١) رواه أبو داود برقم/ ٤٢٣٤/ ، ابن أبي شيبة برقم/ ٦١٩/ ، والبيهقي فِي الشعب برقم /٦٣٢٩/ .

النَّبِـي ﷺ أَنَّهُ رأى عَلَى رجلٍ خاتمَ صفر فَقَالَ: (مَا لِي أَجِدُ مِنْكَ رِيحَ الأَصْنَامِ)(١) فأمره برميه فرمى بِهِ.

ورأى عَلَـى رجـلٍ خاتمَ حديد فَقَالَ: (مَا لِي أَرَى عَلَيْـكَ حِلْيَةَ أَهْلِ النَّار)(٢) فأمره برميه فرمى بِهِ.

وعـن عبـد الله بن عمر ﵄ أَنَّ رَجُـلاً جلس إِلَى النَّبـي ﷺ وعَلَيْهِ خاتم من ذهـب فأعرض عَنْهُ فقام ثُمَّ عاد وعَلَيْهِ خاتم حديد فَقَالَ النَّبي ﷺ: (هَذَا شَـرٌّ مِنْهُ، هَذَا حِلْيَةُ أَهْلِ النَّار)(٣).

وَإِذا ثبت التحريم فِي هَذَا كانَ اليشب ملحقاً بِذَلِكَ لِأَنَّهُ قَدْ يُتخذ مِنْهُ الأصنام فأشبه الصفر الَّذِي هُوَ منصوصٌ معلولٌ بالنَّص.

[مطلب: في التختم بالذهب]

وَأَمَّـا التختم بالذهب حرام للرجـال عند عامة الفقهاء، ومن النَّاس من لَمْ ير بِهِ بَأْسَاً.

---

(١) الحديـث بتمامـه (عنْ عبدِ اللهِ بنِ بريدةَ عنْ أبيهِ أَنَّ رَجُلاً جـاءَ إِلَى النَّبيِّ ﷺ وعَلَيْهِ خاتمٌ مـنْ شـبهٍ فقالَ لـهُ: «ما لي أجدُ مِنْـكَ ريحَ الأصنـامِ»، فطرحهُ ثـمَّ جاءَ وعَلَيْـهِ خاتمٌ منْ حديدٍ فقالَ: «ما لي أرى عليكَ حليةَ أهلِ النَّار»، فطرحهُ فقالَ يا رسـولَ اللهِ منْ أيِّ شـيءٍ أتّخـذهُ قالَ: «اتّخذهُ منْ ورقٍ ولَا تتمّهُ مثقـالًا»)رواه أبو داود برقم/ ٤٢٢٥/ ، والترمذي برقم/ ١٧٨٥/ ، والنّسائي برقم/ ٩٥٠٨/ ، وابن حبان برقم/ ٥٤٨٨/ .

(٢) انظر تخريج الحديث السابق، وَهُوَ جزء من الحديث السابق.

(٣) رواه أحمـد برقم/ ٦٥١٨/ ، بلفظ (عنْ عمرو بنِ شـعيبٍ عنْ أبيهِ عـنْ جدّهِ أَنَّ النَّبيَّ ﷺ رأى عَلَى بعضِ أصحابهِ خاتما منْ ذهبٍ فأعرضَ عنهُ فألقاهُ واتّخذَ خاتما منْ حديدٍ فقالَ هَذَا شرٌّ هَذَا حليةُ أهلِ النَّار فألقاهُ فاتّخذَ خاتما منْ ورقٍ فسكتَ عنهُ).

وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن البراء بن عازب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ لبس خاتم ذهب، وَقَالَ: كسانيه رسول الله ﷺ وَقَالَ لِي: (الْبَسْ مَا كَسَاكَ اللهُ وَرَسُوَلُهُ)[1].

وَمَا روي أنَّ طلحة بن عبيد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قتل وعَلَيْهِ خاتم ذهب[2]، وَكَذَلِكَ سعيد بن العاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[3]، وكان البراء بن عازب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يلبسه.

ولأنَّ النهي عن استعمال الذهب والفضة عَلَى السواء، فَلَمَّا حل التحلي[4] بِأَحَدِهِمَا وَهِيَ الْفِضَّة لعلته جَعَلَ كالعلم فِي الثوب، فَكَذَلِكَ فِي الآخر.

وَاحْتَجَّ عامة الفقهاء بِمَا روي عن علي وابن مسعود وأبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ عن النَّبي ﷺ نهى[5] عن ذَلِكَ، ولأنَّ الضرورة زالت بالفضة فبقي الذهب عَلَى حكم التحريم.

وَأَمَّا الجواب عن ذَلِكَ: أنَّ ذَلِكَ أَمَرَ قَدْ نُسخ يدل عَلَيْهِ ما روي عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبيَّ ﷺ اتخذ خاتم ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه النَّبي ﷺ وَقَالَ: لَا ألبسه أَبَدَاً واتخذ خاتماً من ورق فرماه الناس أَيْضَاً[6].

---

(١) رواه أحمد برقم/ ١٨٦٠٢/ ، وأبو يعلى برقم/ ١٧٠٨/ .

(٢) رواه الطحاوي فِي شرح معاني الآثار برقم/ ٦٢٦٢/ .

(٣) رواه الطحاوي فِي شرح معاني الآثار برقم/ ٦٢٦٣/ .

(٤) التختم فِي ب

(٥) حديث النهي عن لبس الذهب رواه مسلم برقم/ ٥٥٥٩/ بلفظ (وحدّثني حرملةُ بنُ يحيى أخبرنا ابنُ وهبٍ أخبرني يونسُ عنِ ابنِ شهابٍ حدّثني إبراهيمُ بنُ عبدِ اللهِ بنِ حنينٍ أنَّ أباهُ حدّثهُ أنّهُ سمعَ عليَّ بنَ أَبى طالبٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يقولُ: نهاني النَّبيُّ ﷺ عنِ الْقِرَاءَة وأنا راكعٌ وعنْ لبسِ الذّهبِ والمعصفرِ).

(٦) رواه البخاري برقم/ ٥٥٢٨/ ، ومسلم برقم/ ٥٥٩٤/ ، وزيادة (واتخذ خاتماً من ورق) رواها ابن حبان برقم/ ٥٤٩٥/ ، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ٧٣٥٣/ .

وحديث طلحة وسعيد رضي الله عنهما معارَض بحديث عمر رضي الله عنه أَنَّهُ نهى عن ذَلِكَ، وتأويله أَنْ يَكُونَ فضة مركباً بالذهب أَوْ يكون مذهباً، وَإِنَّمَا العبرة بالحلْقة الَّتِي إليها تكون النسبة فِي الحكم والشريعة.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

قَالَ: وكان لَا يرى بَأْسَاً بالفص يكون فِيهِ الحجر فيُجعل فِيهِ مسمار ذهب، وَهَذَا أَيْضَاً دليل عَلَى أَنَّ الفص يكون من الحجر، وَإِنَّمَا يكره ذَلِكَ لِأَنَّهُ مغيب جَعَلَ تبعاً محضاً فَلَمْ يكن بِهِ عبرة.

١٠٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَدْعُو الرَّجُلُ فَيَقُولُ: أَسْأَلُكَ بِمَقْعَدِ العِزِّ مِنْ عَرْشِكَ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وللمسألة عبارتان: بمقعدِ من القعود، أَوْ بمعقدِ من العقد.

أَمَّا إِذَا كَانَ من القعود فَلَا يُشكل لِأَنَّهُ وصف الله تَعَالَى بِمَا هُوَ باطل، وَهُوَ التمكن عَلَى العرش، وَذَلِكَ قول المجسمة، وَهُوَ باطلٌ.

وإِنْ كَانَ من العقد وَهُوَ المعروف فِي هَذَا الدعاء فَإِنَّهُ يكره أَيْضَاً، لِأَنَّهُ يوهم تعلق عزة بالعرش، وأَنَّ عزَّه حادث إذ تعلق بالمحدث، والله عزيزٌ لَمْ يزل وَلَا يزال، وَهُوَ صفته لمَّا يزل موصوفاً بِهَا، وَلَا يزال موصوفاً بِهَا.

وروي عن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمْ ير بِهِ بَأْسَاً، لِأَنَّ العادة قَدْ جرت بِهِ، والمسلمون يدعون بِهِ ويفعلون ذَلِكَ.

١٠٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَـالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يَرْبِطَ الرَّجُلُ فِي أُصْبُعِهِ أَوْ فِي خَاتَمِهِ الخَيْطَ لِلحَاجَةِ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وَإِنَّمَا لَمْ يكره لما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بعض الصحابة بِذَلِكَ.

ذكـره أبـو عبد الرحمن بـن أبي الليـث البخـاري[1] ﷺ فِي كِتَـاب معرفة الصحابة.

وَلِأَنَّهُ لو كُره فإنَّما يكره لكونه عبثاً، وَقَدْ تعلق بِهِ ضرب فائدة وَهُوَ التأكيد فِي رعاية حق الْمُسْلِمِينَ ليكون أقرب إِلَى الذكر، وأبعدَ عن النسيان والتقصير.

ولما كَانَ كَذَلِكَ كَانَ حسناً، وفيه ضرب من التواضع وَهُوَ أن لَا يعتمد حفظه فِيمَا يسعى الشيطان لينسيه، وفيه دَفَعَ كيده أَيْضاً.

١٠٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ كَـرِهَ أَنْ يُصَلِّيَ عَلَى الجَنَازَةِ فِي الْمَسْجِدِ.

وَهَذَا عندنا.

وَقَالَ الشافعي ﷺ: لَا بَأْسَ بِهِ، وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن سعد بن أبي وقاص ﷺ

(١) أبـو العـلاء الجوزجاني أبـو عبد الرحمن بن أبي الليـث البخاري صاحب أبي القاسـم إسحاق بن محمّد المعروف بالحكيم ومن أقرانهما أستاذهما أبو منصور الماتريدي وعنه أخذا علم الكلام والفقه. الجواهر المضيئة فِي طبقات الحنفية

لمَّا قُبض قالت عَائِشَة رضي الله عنها: (أَدْخِلُوهُ الْمَسْجِدَ لِأُصَلِّيَ عَلَيْهِ)، فأنكر عَلَيْهَا أصحاب النَّبي ﷺ فَقَالَتْ: ما صَلَّى رسول الله ﷺ عَلَى سهل بن أبي البيضاء رضي الله عنه إِلَّا فِي الْمَسْجِد[1].

ولما قتل عمر رضي الله عنه صُلي عَلَيْهِ فِي الْمَسْجِد[2]، ولأنَّ هَذِهِ صَلَاة فأحق المواضع بإقامتها المساجد.

وَاحْتَجَّ أصحابنا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (مَنْ صَلَّى عَلَى جِنَازَةٍ فِي الْمَسْجِد فَلَا شَيْءَ لَهُ)[3].

ولنا طريقان فِي المسألة:

أحدهما: أنَّ الْمَسْجِد عدّ للمكتوبة فَلَا يقام فِيهِ غيرها قصداً.

والثاني: أنَّ تنزيه الْمَسْجِد واجب، وَفِي إدخال الميت احتمال النجاسة.

واختلف مشايخنا رحمهم الله فِيمَا إِذَا وضع الميت خارج الْمَسْجِد وقام الإمام خارجاً مِنْهُ ومعه صف وسائر الْمُسْلِمِينَ[4] فِي الْمَسْجِد فصلوا عَلَيْهِ كَذَلِكَ هل يكره؟

---

(١) لفظ الحديث: (عنْ أَبى سلمةَ بنِ عبدِ الرّحمنِ أنَّ عَائِشَة لمّا توفّىَ سعدُ بنُ أَبى وقّاصٍ قالتِ ادخلوا بِهِ الْمَسْجِد حَتَّى أصَلِّى عَلَيْهِ. فأنكرَ ذلكَ عَلَيْهَا فقالتْ واللهِ لقدْ صَلَّى رسولُ اللهِ ﷺ عَلَى ابنىْ بيضاءَ فى الْمَسْجِد سهيلٍ وأخيهِ. قالَ مسلمٌ سهيلُ بنُ دعدٍ وَهُوَ ابنُ البيضاءِ أمّهُ بيضاءُ). رواه مسلم برقم/ ٢٢٩٨/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ٦٨٢٧/.

(٢) حديث الصَّلَاة عَلَى عمر رضي الله عنه رواه مالك فِي الموطأ برقم/ ٣١٣/ بلفظ (أخبرنا مالك أخبرنا نافع عن ابن عمر أنه قَالَ: ما صلي عَلَى عمر إِلَّا فِي الْمَسْجِد).

(٣) رواه أحمد فِي مسنده برقم/ ٩٨٦٥/، وعبد الرزاق برقم/ ٦٥٧٩/، والطيالسي رقم/ ٢٣١٠/.

(٤) الصفوف فِي ب

فالطريق الْأَوَّل موجب الكراهة، والثاني لَا يوجب الكراهة.

وحديث عَائِشَــة ﵂ لَيْسَ بحجةٍ لِأَنَّهُ يحتمل أَنَّهُ فُعل بعذر [زمن المطر](١)، ويحتمل أَنَّهُ نُسخ.

أَلَا تَــرَى أَنَّ الصحابــة ﵃ أنكروا عَلَيْهَــا وَلَمْ يفعلوا ذَلِــكَ إِلَّا لعلمهم بِأَنَّهُ مؤول أَوْ منسوخ؟

وحديث عمر ﵁ كَانَ لعذر وَهُوَ خوف الفتنة والصدّ عن الدفن عند النَّبي ﷺ.

١٠٥٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّــدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَــةَ ﵀ تَعَالَى، أَنَّــهُ كَانَ يَكْرَهُ اللَّعِبَ بِالشَّطْرَنجِ وَالنَّرْدِ وَالثَّلَاثَةِ عَشَرَ وَالأَرْبَعَةِ عَشَرَ وَكُلَّ لَهْوٍ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

أَمَّا غير الشطرنج مِمَّا هُوَ قمار فَهُوَ حُرَّام بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الله تَعَالَى حرم الميسر وَهُوَ قمار، وتواترت السـنَّة عن النَّبي ﷺ بتحريم القمار، وأجمع عَلَيْهِ المسلمون، وَلَوْ خلا عن القمار لكان حراماً وَلَا يخلو عَنْهُ لِأَنَّهُ عبث لولا القمار(٢).

قَالَ تَعَالَى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا﴾ [المؤمنون: ١١٥].

وَقَــالَ النَّبي ﷺ: (كل لعــب ابن آدم باطــل إِلَّا ثَلَاثَة: مُلَاعَبَــةُ الرَّجُلِ أَهْلَهُ، وَتَأْدِيبُهُ فَرَسَهُ، ومُنَاضَلَتُه بِقَوسِهِ)(٣).

---

(١) فِي ب

(٢) أي وَلَوْ بدون القمار.

(٣) رواه ابن أبي حاتم فِي علل الحديث برقم/ ٩٠٥/ ، بلفظ (عن أبي هريرة، عنِ النَّبي ﷺ،=

وَأَمَّا الشطرنج فاللعب بِهِ حرام، ومن النَّاس من قَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ.

وَذَلِكَ مروي عن الشافعي رحمه الله قَالَ: لِأَنَّهُ ضرب من الأدب وُضع [لتشحيذ الخاطر والذهن][1] وتزكية الأفهام.

وَاحْتَجَّ أصحابنا رحمهم الله بِمَا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أَنَّهُ مر بقوم يلعبون بالشطرنج فَلَمْ يسلم عَلَيْهِم وَقَالَ: ﴿مَا هَٰذِهِ ٱلتَّمَاثِيلُ ٱلَّتِيٓ أَنتُمۡ لَهَا عَٰكِفُونَ﴾ [الأنبياء: ٥٢][2].

ومرّ زيادُ بن حُدير رضي الله عنه عَلَى قوم يلعبون بالكعبتين فسلم عَلَيْهِم وَلَمْ يعلم بحالهم، فَلَمَّا علم رَجَعَ وَقَالَ ردوا عليّ السلام[3].

وعن علي رضي الله عنه فِي الشطرنج مثل ما روينا عن ابن عمر رضي الله عنهما، وَلِأَنَّهُ لعب وَلَهُو يصد صاحبه عن الجُمع والجماعات، هُوَ الغالب عَلَيْهِ.

وَأَمَّا منفعته فتابعة مغلوبة، والعبرة للغالب فِي التحريم[4].

= أنهُ قَالَ كلُّ شيءٍ من لهوِ الدّنيا باطلٌ إلّا ثلاثا تأديبك فرسك، ورميك عن قوسك، وملاعبتك أهلك، فإنهنّ من الحقّ).

(١) فِي ب

(٢) رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ٢١٤٦٠/ بلفظ (مرَّ عليٌّ رضي الله عنه بمجلسٍ منْ مجالسِ تيمِ اللهِ وهمْ يلعبونَ بالشّطرنجِ فوقفَ عَلَيْهِمْ فقالَ أَمَّا واللهِ لغيرِ هَذَا خلقتمْ أَمَّا واللهِ لولَا أنْ تكونَ سنّةٌ لضربتُ بِهَا وجوهكمْ.)

(٣) الحديث عن النّبي ﷺ رواه البيهقي فِي الكبرى بلفظ (عنْ عبدِ اللهِ قالَ: قالَ رسولُ اللهِ ﷺ: «اتّقوا هذينِ الكعبتينِ الموسومتينِ اللّتينِ تزجرانِ زجرا فإنّهما منْ ميسرِ العجمِ»). برقم/ ٢١٤٨٢/.

(٤) أي خصوصاً فِي التحريم، أَوْ يكون المراد التحريم ثم يغلب المنفعة. حاشية أ

أَلَا تَرَى إِلَى قولَهُ تَعَالَى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩] فاعتبر الغالب فِي التحريم.

هل رأيت صاحب شطرنج يُصَلِّي؟ فضلًا عن الجماعة، فمن أباحه فَقَدْ أعان الشيطان عَلَى الْإِسْلَام والمسلمين.

والذي يلعب بالشطرنج إن قامر بِهِ سقطت عدالته، وَلَمْ تقبل شهادته، وَإِنَ لَمْ يقامر بِهِ وكان متأولًا فِيهِ قُبلت شهادته وَلَمْ تبطل عدالته.

وَلَمْ ير أَبُو حَنِيفَةَ ﵀ بالسلام عَلَيْهِم بَأْسَاً ليشغلهم عما هم فِيهِ، وكره ذَلِكَ أَبُو يُوسُفَ ﵀ تحقيراً لهم.

١٠٥٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الْمُسْلِمِ بَاعَ الخَمْرَ وَأَخَذَ ثَمنَهَا وَكَانَ عَلَيْهِ دينٌ؛ قَالَ: أَكْرَهُ لِصَاحِبِ الدَّيْنِ أَنْ يَقْبِضَ ثَمَنَ الخَمْرِ(١).

وإِنْ كَانَ البَائِع نصرانياً فَلَا بَأْسَ بِهِ، والفرق أَنَّ بيع الْمُسْلِم الخمر باطلٌ غير منعقدٍ لما عرف أن لَا قيمة للخمر فِي حق الْمُسْلِم فَلَمْ ينعقد البيع، وَإِذا لَمْ ينعقد البيع لَمْ يجب الثَّمَن فَلَمْ يملكه فَلَمْ يصح قضاؤه.

فأمَّا النصراني فإِنَّ بيعه للخمر صحيحٌ، لِأَنَّ ذَلِكَ مال فِي حقه فملك الثَّمَن فصح قضاؤه.

---

(١) أي إِذَا علم ذَلِكَ. حاشية أ

١٠٥٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يَدْخُلَ أَهْلُ الذِّمَّةِ الْمَسْجِدَ الحَرَامَ.

وهذه فِي السير الكبير، وَهَذَا عندنا.

وَقَالَ الشافعي ﷺ: لَا يحل ذَلِكَ فِي الْمَسْجِد الحرام، ومن النَّاس من قَالَ: لَا يحل فِي المساجد كلها.

وَاحْتَجَّ بقولهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨].

ولأنَّ الكافر لَا يخلو عن الجنابة بَلْ الكفر أفحش مِنْهُ فوجب تنزيه المساجد عَنْهُ.

وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ بأنَّ وفد ثقيف دخلوا الْمَسْجِد[1] وَلَمْ يُنكر عَلَيْهِم النَّبي ﷺ، والحديث فِي هَذَا البَابِ فِي عامة المساجد كثير فِي غَيْرِ الْمَسْجِد الحرام.

وأبو سفيان بن حرب ﷺ دَخَلَ الْمَسْجِد عام الهدنة[2]، والآية وردت فِي الطواف بالبيت[3].

---

(١) لفظ الحديث: (عنْ عثمانَ بنِ أَبِى العاصِ أنَّ وفدَ ثقيفٍ لمّا قدموا عَلَى رسولِ اللهِ ﷺ أنزلهمُ الْمَسْجِد ليكونَ أرقَّ لقلوبهمْ فاشترطوا عَلَيْهِ أنْ لَا يحشروا ولَا يعشروا ولَا يجبّوا فقالَ رسولُ اللهِ ﷺ «لكمْ أنْ لَا تحشروا ولَا تعشروا ولَا خيرَ فى دينٍ ليسَ فيهِ ركوعٌ»). رواه أبو داود برقم/ ٣٠٢٨/ ، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٨٣٧٢/ .

(٢) فِي ب: الحديبية.

(٣) لأنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة ويتكلمون بالفواحش، والله تَعَالَى نهاهم عن ذَلِكَ لَا عن الدُّخول. من حاشية أ

١٠٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَــالَ لَا يَنْبَغِي أَنْ تُعْرَضَ الأَمَةُ فِي الْإِزَارِ(١) إِذَا كَانَتْ قَدْ حَاضَتْ(٢).

وَإِنَّمَا أراد بالْإِزَار الَّذِي سَتَرَ ما بين السرة والركبة.

وَإِنَّمَــا كره ذَلِكَ لِأَنَّ الظُّهْر والبطن من الأمــة الأجنبية عورة بِمَنْزِلَةِ ذَلِكَ من المحارم.

ودليــل ذَلِكَ فِــي المحــارم أنَّ الله تَعَالَى قَــالَ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ [المجادلة: ٣] فجعل التشــبيه بالظهر حراماً، وَلَــوْ كَانَ النظر إِلَيْهِ والمس حلالًا لما كَانَ التشبيه بِهِ ظهاراً كالوجه والصدر وَمَا أشبه ذَلِكَ.

وَإِذا ثبــت ذَلِكَ فِي الْمُحْرِمِ كَانَ فِي الأمة كَذَلِــكَ، وَلِأَنَّهُ لَا ضرورة فِي ذَلِكَ فِي المسألتين جَمِيْعَاً.

قَالَ أَبُو يُوسُــفَ ﷺ ســألت أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ عن هدية المملوك التاجر ودعوته إياي وعارية دابته فَلَمْ ير بِهِ بَأْسَاً، وكره كسوته الثوب وهبته الدَّرَاهِم وَالدَّنَانِير.

والقيــاس: أنَّ ذَلِــكَ كله باطل، لِأَنَّــهُ تبرع فَلَا يصح من العَبْــد كهبة الدَّرَاهِم وَالدَّنَانِير.

وَفِي الاستحسان يجوز الهدية اليسيرة والدعوة اليسيرة لما روي عن سلمان ﷺ

---

(١) فِي الإزار الواحد. فِي ب

(٢) أي إِذَا كَانَتْ بالغة وتعرض للشرى، والمراد من قولَهُ حاضت بلغت. حاشية أ

أَنَّهُ أهدى إِلَى رسول الله ﷺ هدية فقبلها وكان سلمان يَوْمَئِذٍ مَمْلُوكاً[1]، وكانت بريرةُ ﵂ تهدي إِلَى النَّبي ﷺ وَهِيَ ملوكة[2]، فَكَانَ يقبل مِنْهَا، وكأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ يجيب دعوة المملوك.

وعن أبي سعيد مولى أبي أُسيد ﵄ أَنَّهُ قَالَ: عرَّسْتُ فدعوتُ رَهطاً من أصحابِ النَّبي ﷺ وفيهم أبو ذر ﵁ فحَضَرَتِ الصَّلَاة فقدّموني وأنا يَوْمَئِذٍ عبد[3].

والفقه فِيهِ أَنَّ الهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة من ضرورات التِّجَارَة لِأَنَّ التاجر إِذَا فتح دكانه لَمْ يخل أمره من طالب تجارة يحتاج إِلَى شربة ماء أَوْ رغيف أَوْ ما أشبه ذَلِكَ، فلو مَنَعَ من ذَلِكَ لانسد باب التِّجَارَة وأعرض عَنْهُ الطالبون.

ومن ملك شَيْئاً ملك ما كَانَ من ضروراته، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا ينفك عَنْهُ، وَكَذَلِكَ العارية لَا تقوم التِّجَارَة إِلَّا بِهَا، لِأَنَّهَا لَا بُدَّ من أن يقعد الناس عَلَى دكانه، وَلَا بُدَّ من تسليم وعاءٍ فِيهِ متاع وَمَا أشبه ذَلِكَ، فدخل فِي ولاية التِّجَارَة.

فأَمَّا هبة الثوب وَالدَّنَانِير والدراهم فَلَا ضرورة فِي ذَلِكَ.

---

(١) لفظ الحديث (عنِ ابنِ عبّاسٍ قالَ حدّثني سلمانُ قالَ أتيتُ النّبي ﷺ بطعامٍ وأنا مملوكٌ فقلتُ هذهِ صدقةٌ فأمرَ أصحابهُ فأكلوا ولمْ يأكلْ ثمَّ أتيتهُ بطعامٍ فقلتُ هذهِ هديّةٌ أهديتها لكَ أكرمكَ بِهَا فإنّي رأيتكَ لَا تأكلُ الصّدقةَ فأمرَ أصحابهُ فأكلوا وأكلَ معهمْ) رواه أحمد برقم/ ٢٣٧٢٢/ واللفظ لَهُ، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٦٠٧٠/ .

(٢) حديث بريرة رواه مسلم بلفظ (عنْ قتادةَ سمعَ أنسَ بنَ مالكٍ قالَ أهدتْ بريرةُ إِلَى النّبيّ ﷺ لحما تصدّقَ بهِ عَلَيْهَا فقالَ « هوَ لها صدقةٌ ولنا هديّةٌ »)، برقم/ ٢٥٣٥/ .وعبد الرزاق برقم/ ١٣٠٠٩/ .

(٣) رواه عبد الرزاق برقم/ ١٠٤٦٢/ .

وَإِنَّمَا الَّذِي يجوز مِنْهُ الرغيف وكسـرة الدَّرَاهِم وأشباه ذَلِكَ، وَمَا لَا ضرورة فِيهِ فَإِنَّهُ مردود إِلَى القياس.

١٠٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحمَّد عن يعقوب عن أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم، فِي الرَّجُلِ يَكُونُ فِي يَدِهِ اللَّقِيطَ لَيْسَ لَهُ أَبٌ فَيُوهَبُ لَهُ أَوْ يُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ فَيقْبِضَهَا لَهُ. قَالَ: هُوَ جَائِزٌ إِذَا كَانَ فِي حِجْرِهِ.

وأصله أنَّ التصرف عَلَى الصغار عَلَى أنواع:

نوع: هُوَ من باب الولاية لَا يملكه إِلَّا من هُوَ ولي، كالإنكاح والشراء والبيع فِي أموال القُنية.

والنـوع الآخـر: هُوَ ما كَانَ من ضـرورات حال الصغار وَهُوَ شـراء مَا لَا بُدَّ للصغير مِنْهُ وبيعه وإجارةُ الصغار، وَذَلِكَ جائز ممن يعوَلَهُ وينفق عَلَيْهِ كالأم والأخ والعم والملتقط إِذَا كَانَ فِي حجرهم.

فَإِذَا ملكه هؤلاء فلأن يَمْلِك الأولياء بهذا النوع أولى، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُشـترط فِي حقهم قيام الحِجر.

والنوع الثالث: ما هُوَ نفعٌ محضٌ، فَإِنَّهُ مِمَّا يملكه الصبي العاقل وتملكه الأم ومن يعوَلَهُ من الأخ والعم والملتقط، لِأَنَّهُ لما كَانَ نفعاً محضاً أشـبه الإنفاق عَلَيْهِ فملك هؤلاء.

أَلَا تَرَى أَنَّ عامة نفقات الصغار واليتامى فِي صدقات الْمُسْـلِمِينَ وهداياهم، فَلِذَلِكَ لَا يشترط لصحته قيام الولاية، والله أعلم.

وقولَهُ: (وَلَيْسَ لَهُ أَبٌ) لَيْسَ بأمر لازم.

أَلَا تَرَى أَنَّ اللقيط هُوَ الَّذِي لَا يعرف لَهُ أب [ظاهراً][(١)]، أَوْ كَانَ من الزنا فَلَمْ يكن لَهُ أب فِي الحكم.

وَإِنَّمَا قلنا أَنَّهُ لَيْسَ بشـرط لازم لِأَنَّهُ ذكر فِي كِتَاب الهبة فِي صغيرة لَهَا زوج هِـيَ عنده يعوَلَهُا وَلَهُا أب فوُهب لَهَا أَنَّها لـو قبضت أَوْ قبض لَهَا أبوها أَوْ زوجها أنَّ ذَلِكَ جائز.

فَلَـمْ يمنع صحة قبض الزَّوْج عَلَيْهَا لقيام الأب، لِأَنَّهُ لما كَانَ نفعاً محضاً لَهَا كَانَ تحقيـق معناه فِي فتح باب الإصابة مِنْ كُلِّ وَجْـهٍ من وجوه الولاية ومِنْ وَجْهِ العـول والنفقة ومِنْ وَجْهِ العقل والتميز، لِأَنَّ العلل كلها موجودة، وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ مدافعةٌ فِي الحكم بَلْ ينسب إِلَى ما أمكن، فثبت أنه لَيْسَ بلازم.

١٠٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، إِذَا آجَرَ الغُلَامَ نَفْسَـهُ لَمْ يَجُزْ، وَالأُمُّ يَجُوزُ إِجَارَتُهَا.

والفرق أنَّ عقد الصَّغِير إِنَّمَا يصح فِيمَا هُوَ منفعةٌ [محضةٌ][(٢)]، وَلَيْسَ فِي لزوم العقـد منفعةٌ خالصةٌ [كالهبـة][(٣)]، حَتَّى إِذَا عمل الغلام وجب الأجر استحسـاناً، لِأَنَّـهُ انقلب نفعاً محضاً، فأمَّـا الأمَّ فإنَّما تملك إجارته، لِأَنَّهَا تملك الاسـتخدام،

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: محضة

(٣) فِي ب

وَفِي ذَلِكَ إتلاف منفعته فلأن تملك الاعتياض لَهُ أولى، وَلَا يلزم أنَّ الغلام يَمْلِك إتلاف منفعة نفسه لِأَنَّ لزوم العقد عَلَى أي وجه كَانَ تشبُّهٌ بالولايات، والأمُّ من جملة الأولياء فِي الجملة لِأَنَّهَا من أَهْل إلزام العقد بوجه من الوجوه(١).

فأمَّا الغلام فَلَيْسَ من أَهْل الولاية فَلَمْ يكن من أَهْل إلزام العقد بوجه من الوجوه.

١٠٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، قَالَ: إِذَا كَانَ الاحْتِكَارُ وَالتَّلَقِّي فِي أَرْضٍ لَا يُضِرُّ ذَلِكَ بِأَهْلِهَا فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِذَا كَانَ فِي أَرْضٍ يُضِرُّ بِأَهْلِهَا فَهُوَ مَكْرُوهٌ.

وَهَذَا فصل مشتمل عَلَى وجوه:

أحدها: بيان تفسير الاحتكار.

والثاني: بيان ما يقع فِيهِ الاحتكار مِمَّا يحل ويحرم.

والثالث: كيفية الاحتكار.

والرابع: بيان مدته.

والخامس: بيان السعر.

والسادس: بيان عقوبته.

أَمَّا تفسيره: فَإِنَّهُ افتعالٌ من حَكَرَ، إذ ظلم وانتقص، وحَكَرَ بالشيء إِذَا استبدَّ بِهِ وحبسه بِهِ عن غيره، وَهَذَا حاصله.

---

(١) : فِي ب: لِأَنَّهَا من أَهْل الشهادة فصح القول بلزوم تصرفاتها للعذر الَّذِي قلنا.

وَأَمَّـا الثَّانِي: فـإِنَّ الاحتكار المنهي فِي الْأَشْـيَاء الَّتِي هِيَ قـوت الناس مثل الحنطة والشـعير والعنب والتمر كَذَلِكَ، وروي عن محمَّد بن الحسـن ﷺ وعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أنَّ الاحتكار فِي كل ما يضر بالعامة.

قَالَ بعض مشايخنا: قول محمَّد ﷺ تفسيرٌ لما أبهمه أَبُو يُوسُفَ ﷺ.

وَقَـالَ بعضهم: بَلْ عند أَبِي يُوسُـفَ ﷺ يدخل فِي ذَلِـكَ الثِّيَاب وغيرها إِذَا أضر بالعامة، وَلَمْ يكره عند محمَّد ﷺ، نصَّ محمَّد ﷺ أَنَّهُ لَا احتكار فِي الثِّيَاب.

اعتبـر محمَّد ﷺ الأمر المعتاد العام الغالب، وَذَلِـكَ إِنَّمَا يقع فِيمَا هُوَ قوت مطلق.

وأَبُو يُوسُفَ ﷺ اعتبر الضرر أينما وجد وَإِنَ لَمْ يَكُنْ معهوداً.

وَإِنَّمَا حُرم الاحتكار بالسـنة، قَـالَ النَّبي ﷺ: (الْمُحْتَكِـرُ مَلْعُونٌ، وَالجَالِبُ مَرْزُوقٌ)[1].

روى معمر بن أبي معمر ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ)[2].

والحديـث فِيـهِ كثيـر، والمعنى فِيـهِ أنَّ حق العامـة واجب فِيمَـا جُلب إِلَى الفسـطاط، فالمحتكر يريد إبطال حقهم فَلَا يكون ذَلِكَ مطلقاً لَهُ، فإن لحقه ضررٌ فمن قبل اختياره، ولأنَّ حق الخاصّ يسقط عند حق العامة.

وَأَمَّا الثالث: فإنَّ الاحتكار فِيمَا يَشْتَرِي الرَّجُل من فسطاط الْمُسْلِمِينَ فيحبسه

(١) رواه عبد الرزاق فِي المصنف برقم/ ١٤٨٩٣/ ، والبيهقي برقم/ ١١٢١٣/ .

(٢) رواه مسلم برقم/ ٤٢٠٧/ ، رواه أبو داود برقم ٢٤٤٩/ ، والنرمذي برقم/ ١٢٦٧/ ، وابن حبان برقم/ ٤٩٣٦/ والطبراني فِي الأوسط برقم/ ٨١٥٠/ .

عنهم، لِأَنَّ ما جُمع فِي الفسـطاط تعلق بِهِ حق العامـة، فَإِذَا دَخَلَ واحد يختص بِهِ فَقَدْ أراد إبطال حق العامة فحَرُم عَلَيْهِ ومنع مِنْهُ.

فأمَّا من جلب شَـيْئاً من أرضه فحبسـه فَلَيْسَ باحتكار بِالْإِجْمَـاعِ، لِأَنَّ ذَلِكَ خالص حقه، لَا حق لأحد فِيهِ.

وَإِذا كَانَ خالـص حقـه لَمْ يَكُنْ فِي الحبس مبطلًا لحـق غيره، فتبين بهذا أَنَّ النهي إِنَّمَا وقع لإبطال حق العامة، فأمَّا لإيجاب الحق فَلَا.

وَإِنَ اشْتَرَى رجلٌ طَعَامَاً مِنْ غَيْرِ المصر فجلبه إِلَى المصر فَقَدْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﵀ لَا بَـأْسَ بِهِ، لِأَنَّ حق أَهْل المصر والعامة إِنَّمَا يجب فِيمَا جُمع فِي الفسـطاط، فأمَّا فِي غَيْرِ ذَلِكَ فَلَا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: إن اشْتَرَاهُ فِي غَيْرِ المصر فاحتكره هناك كَانَ مكروهاً، خلافاً لأَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِيمَا روينا عَنْهُ.

والقياس قولُ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَقَـالَ مُحَمَّـدٌ ﵀: كلُ نفقةٍ يُمد مِنْهَا [إِلَى][(1)] المصر فِـي العادة فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ فسـطاط المصر يحرم الاحتكار مِنْهُ، وَهَذَا فِي غايـة الاحتياط وَهِيَ طريقة محمَّد ﵀ فِي مسائله.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀ فِيمَا يَشْتَرِيه الرَّجُل من نصف ميل أَنَّهُ يكره أن يحتكره، فجعـل ما يتصـل بالمصر من نصف الميل ملحقاً بالمصـر، وَهَذَا الحد مبني عَلَى العادة.

---

(1) فِي ب

وَأَمَّا الرابع: فإنَّ الحبس فِي المدة اليسيرة والكثيرة فِي حكم التحريم والمأثم من أسباب المأثم، لِأَنَّهُ من أسباب الضرر، لكن المأثم يقل ويكثر لقلة الضرر وكثرته عند امتداد المدة وقصرها.

وَفِي حكم العقوبة لَا بُدَّ من الامتداد لِأَنَّ الْجِنَايَة لَا تظهر عند قصر المدة فَلَا يُعاقب.

وَإِذا امتدت المدة ظهرت الْجِنَايَة فوجب أن يُعاقب.

وأدنى ذَلِكَ أربعون يوماً كَذَلِكَ جاءت السنة عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ، ومنهم من قدّره بالشهر وَلَمْ يجعل التقدير بالأربعين الَّذِي ورد فِي الحديث لازماً.

وَأَمَّا الخامس: فَإِنَّهُ يُؤمر المحتكر بِالْبَيْعِ آنفاً لحق الْمُسْلِمِينَ.

وَلَا يسعر [عَلَيْهِ][1] لما رُوي عن النَّبي ﷺ أَنَّ رَجُلاً قَالَ لَهُ: إِلَّا تسعرَ يَا رَسُولَ اللهِ قَالَ: (بَلْ أَدْعُهَا)، فَقَالَ آخَرٌ: يَا رَسُولَ اللهِ: (بَلْ أَدْعُهَا)، فَقَالَ آخَرٌ: سَعِّرْ يَا رَسُولَ اللهِ، فَقَالَ: (بَلِ اللهُ يَخْفِضُ وَيَرْفَعُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللهَ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عِنْدِي مَظْلَمَةٌ)[2].

وَقَالَ فِي حديث آخر: (إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ)[3].

---

(١) فِي ب

(٢) رواه أبو داود برقم/ ٣٤٥٢/ بلفظ (عنْ أبَى هريرةَ أنَّ رَجُلاً جاءَ فقالَ يا رسولَ اللهِ سعِّرْ، فقالَ: «بلْ أدعو». ثمَّ جاءهُ رجلٌ فقالَ: يا رسولَ اللهِ سعِّرْ فقالَ: «بلِ اللهُ يخفضُ ويرفعُ وإنّى لأرجو أنْ ألقى اللهَ وليسَ لأحدٍ عندى مظلمةٌ».

(٣) رواه أبو داود برقم/ ٣٤٥٣/، وابن ماجه برقم/ ٢٢٠٠/، وابن حبان برقم/ ٤٩٣٥/، والدارمي برقم/ ٢٥٤٥/، والبيهقي برقم/ ١٠٩٢٨/، وأحمد برقم/ ١٢٦١٣/ وتتمة

ولأنَّ الثَّمَــن حق البَائِع، فإليه تقديره، إِلَّا أن يُغلِّي عَلَى ما هُوَ المعتاد الغالب فيبيع ما يساوي خمسين بمائة فيمنع مِنْهُ دفعاً للضرر عن الْمُسْلِمِينَ، فأمَّا المتعارف فَلَيْسَ بِهِ بأس.

وَأَمَّــا الســادس: فإنَّ القَاضِي إِذَا رفــع إِلَيْهِ هَذَا الأمر يأمــر المحتكر بأن يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله عَلَى اعتبار الســعة فِي قوته وقوت أهله، وينهاه عن الاحتكار ويزجره عَنْهُ، فإن رُفع إِلَيْهِ مرة أُخْرَى وَهُوَ عَلَى عادته مُصرٌّ وعظه وهدده فإن رفع إِلَيْهِ مرة أُخْرَى حبسه وعزره عَلَى ما يرى حَتَّى يمتنع من سوء فعله.

فإِنْ كَانَ أرباب الطعام يتحكمون عَلَى الْمُسْــلِمِينَ ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعَجَزَ القَاضِي عن صيانة حقوق الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بالتسعير فَلَا بَأْسَ بِهِ بمشورة من أَهْل الرأي والبصر.

فَــإِذَا فعل ذَلِكَ فتعدى رجلٌ عن ذَلِكَ فَبَاعَهُ بثمن فوقه أجازه القَاضِي، وَهَذَا عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ لَا يُشكل، لِأَنَّهُ لَا يرى الحجر عَلَى الحر.

وَكَذَلِكَ عندهما إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ حجر عَلَى قوم بأعيانهم، ومن بَاعَ منهم بِمَا قدره الإمام صحَّ لِأَنَّهُ غير مكره عَلَى البيع.

ومسألةُ استقبال القبلة بالفرج فِي الخلاء مرت فِي كِتَاب الصَّلَاة.

❁ ❁ ❁

الحديث (وإنّى لأرجو أنْ ألقى ربّى وليسَ أحدٌ منكمْ يطلبنى بمظلمةٍ فى دمٍ ولَا مالٍ).

[بَابُ الكَرَاهَةِ فِي اللُّبْسِ]

١٠٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ لُبْسَ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ وَلَمْ يرَ بِتَوسُدِهِ وَالنَّوْمِ عَلَيْهِ بَأْسَاً. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: أَكْرَهُ ذَلِكَ كُلَّهِ.

وَهَـذِهِ مِنْ الخَواصِّ، والمراد بالمسـألة الرِّجَال، فأمَّا النِّسَـاء فَلَا يحرم لبس الحرير والديباج عَلَيْهِن.

ومن النَّـاس من أباح لبس ذَلِكَ للرجال، وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن عقبة بن عامر ﵁ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أهدي إِلَيْهِ فروج من حرير(١).

وَفِـي حديث مخرمة ﵁ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خرج إِلَيْهِ وعَلَيْهِ قباء من ديباج، فَقَالَ: (خبأتُ لك يا مخرمة)(٢).

---

(١) جـزء من حديـث رواه ابن خزيمـة فِي صحيحـه برقـم/ ٧٧٣/ ، والطبراني فِـي الكبير برقـم/ ٧٥٩/ ، وأحمـد برقـم/ ١٧٣٣٢/ ، وابن عسـاكر فِي معجمه برقـم/ / ١٢٢٣/ ، والحديـث بتمامـه (عن عقبة بن عامر أنـه قَالَ أهدي الى رسـول الله ﷺ فروج من حرير فلبسه ثم صَلَّى فِيهِ ثم انصرف فنزعه نزعا شديدا كالكاره لَهُ ثم قَالَ: (لَا يَنْبَغِي هَذَا للمتقين) واللفظ للطبراني.

(٢) الحديث بتمامه: (عن المسـور بن مخرمة أن أباه مخرمة قَالَ لَهُ: يا بني إنّه بلغني أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قدمت عَلَيْهِ أقبية فَهُوَ يقسـمها فاذهب بنا إِلَيْهِ فذهبنا فوجدنا النّبي ﷺ فِي منزله فَقَالَ لِي يا بني ادع لِي النّبي ﷺ فأعظمت ذَلِكَ فقلت أدعو لك رسول الله ﷺ؟ فَقَالَ يا بني إنه =

ولأنَّ اسـتعمال الذهب والفضة لمَّا حرم اسـتوى فِيهِ الرِّجَال وَالنِّسَـاء، فَلَمَّا حل التختم بالفضة استوى فِيهِ الرِّجَال وَالنِّسَاء.

وَكَذَٰلِكَ استعمال الحرير والذهب بالتزيين بهما وجب أن يستوي فِيهِ الرِّجَال وَالنِّسَاء.

وَاحْتَجَّ أصحابنا رحمهم الله وعامة الفقهاء رحمهم الله بالسـنَّة المشـهورة الَّتِـي هِيَ بِمَنْزِلَةِ التواتـر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: نهى عن لبس الحرير والديباج[1]، وَقَالَ: (إِنَّمَا يَلْبَسُـهُ مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ)[2]، وَذَلِكَ فِي حديث عمر رضي الله عنه.

وَفِـي حديث أَنَّ النَّبِـيَّ ﷺ: (نهى عَن لبس الْحَرِير إِلَّا فِي مَوضِع إِصْبَعَيْنِ أَوْ ثَلَاثَة أَصَابعَ أَوْ أربعة)[3]، يريد بِهِ الإعلام.

= لَيسَ بجبار فَدَعْوَتُهُ فخرج وعَلَيْهِ قباء من ديباج مزرر بالذهب فَقَالَ: (يا مخرمة هَذَا خبأناه لك)، فأعطاه إِيَّاهُ) رواه البخاري برقم/ ٥٥٢٤/ واللفظ لَهُ.

(١) الحديث بتمامه (معاويةُ بنُ سويدِ بنِ مقرّنٍ قالَ دخلتُ عَلَى البراءِ بنِ عازبٍ فسمعتهُ يقولُ أمرنا رسـولُ اللهِ ﷺ بسـبعٍ ونهانا عنْ سـبعٍ أمرنا بعيادةِ المريضِ واتّباعِ الجنازةِ وتشميتِ العاطسِ وإبرارِ القسـمِ أوِ المقسـمِ ونصرِ المظلومِ وإجابةِ الدّاعى وإفشـاءِ السّلامِ. ونهانا عنْ خواتيمَ أوْ عنْ تختّمٍ بالذّهبِ وعنْ شـربٍ بالفضّةِ وعنِ المياثرِ وعنِ القسّيِّ وعنْ لبسِ الحريـرِ والإسـتبرقِ والدّيباجِ). رواه البخـاري برقم/ ١١٨٢/، ومسـلم برقم/ ٥٥١٠/ واللفظ لَهُ، والنّسائي برقم/ ٢٠٦٦/.

(٢) الحديث بتمامه (عن عمران بن حطان قَالَ: سألت عَائِشَة عن الحرير فقالت ائت ابن عباس فسله قَالَ فسألته فَقَالَ سل ابن عمر قَالَ فسألت ابن عمر فَقَالَ أخبرني أبو حفص يعني عمر بن الخطاب أن رسـول الله صَلَّى الله عَلَيْهِ و سـلم قَالَ (إنما يلبـس الحرير فِي الدنيا من لَا خلاق لَهُ فِي الآخرة). فقلت صدق وَمَا كذب أبو حفص عَلَى رسول الله ﷺ) رواه البخاري برقم/ ٥٤٩٧/ واللفظ لَهُ، ومسلم برقم/ ٥٥٢٤/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ٥٩٠٥/.

(٣) رواه مسلم برقم/ ٥٥٣٨/ بلفظ) عنْ سويدِ بنِ غفلةَ أنَّ عمرَ بنَ الخطّابَ خطبَ بالجابيةِ =

والنهي عن ذَلِكَ مروي فِي حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وَفِي حديث معاوية رضي الله عنه.

وَكَذَلِكَ رواه عامة الصحابة رضي الله عنهم، والذي رواه المخالفُ منسوخٌ لما روي عن أنس رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لبس جبة حرير أهداها لَهُ أُكيدر دومة[1]، وَذَلِكَ قَبْلَ أَنْ ينهى عَنْهُ، كَذَلِكَ ذكر أنسٌ رضي الله عنه.

ثُمَّ اختلفوا فِي النِّسَاء، فَقَالَ عامة الفقهاء: هُوَ حلال لهنَّ.

وَقَالَ بعضهم: هُوَ حرام عَلَيْهِنَّ، واحتجوا بعموم النهي.

وعامة الفقهاء احتجوا بحديث علي وأبي موسى وعبد الله بن عمر وعقبة بن عامر رضي الله عنهم أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: خرج وبإحدى يديه حرير وبالأُخْرَى ذهب، فَقَالَ: (هذانِ حرامٌ عَلَى ذكورِ أمتى حِلٌ لإناثهم)[2].

وَفِي حديث عمر رضي الله عنه حين أعطاه رسول الله ﷺ حلة، فَقَالَ يا رسول الله: كسوتني الحلة وَقَدْ قلت فِي حلة عطارد: (إِنَّمَا يَلْبَسُهُ مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ فِي الْآخِرَةِ) فَقَالَ: (إِنَّمَا أعطيتُكه لتكسو بعضَ نسائك)[3].

= فقالَ نهى نبيُّ اللهِ ﷺ عنْ لبسِ الحريرِ إلَّا موضعَ إصبعينِ أوْ ثلاثٍ أوْ أربعٍ.)، وابن حبان برقم/ ٥٤٤١/ ، والترمذي برقم/ ١٧٢١/ ، والنسائي برقم/ ٩٦٣٠/ .

(١) لفظ الحديث (عنْ أنسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أتيَ بثوبِ حريرٍ فجعلوا يمسّونهُ وينظرونَ فقالَ أتعجبونَ منْ هَذَا لمناديلُ سعدٍ أوْ منديلُ سعدِ بنِ معاذٍ فِي الْجَنَّة خيرٌ منْ هَذَا اوْ ألينُ منْ هَذَا) رواه أحمد برقم/ ١٣١٨٨/ ، والطبراني فِي الكبير برقم/ ٥٣٤٨/ .

(٢) رواه أبو داود برقم/ ٤٠٥٩/ بلفظ (عنْ عبدِ اللهِ بنِ زريرٍ يعني الغافقيَّ أنّهُ سمعَ عليَّ بنَ أَبَي طالبٍ رضي الله عنه يقولُ إنَّ نبيَّ اللهِ ﷺ أخذَ حريرا فجعلهُ فِي يمينهِ وأخذَ ذهبا فجعلهُ فِي شمالهِ ثمَّ قالَ «إنَّ هذينِ حرامٌ عَلَى ذكورِ أمّتى»)، وابن ماجه برقم/ ٣٥٩٥/ ، والنسائي برقم/ ٩٤٤٥/ ، وأحمد برقم/ ٩٣٥/ . والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ٤٣٩٠/ .

(٣) رواه البيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ٥٩٠٦/ ، والبزار فِي مسنده برقم/ ٦٠٤٧/ .

وعن علي رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أعطاه حريراً فلبسه فكره ذَلِكَ رسول الله ﷺ، وَأَمَرَهُ أن يعطيه خُمُراً للفواطم[1] الأربع وَهِيَ أمه وفاطمة الزهراء زوجته وفاطمة بنت حمزة وأخرى رضي الله عنهن.

وقياسه المعصفر أَنَّهُ يحل للنساء دون الرِّجَال، فأطلق عامة الفقهاء لبس ما عَلَمُه حرير أَوْ مكفوف بِهِ أَوْ سُدَاه حرير.

ومن الناس من حرم ذَلِكَ لعموم النهي، وَاحْتَجَّ عامة الفقهاء بحديث عَائِشَة رضي الله عنها فِي لبس قَطيفة عَلَمُها حرير.

وبحديث أسماء أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: (كَانَ يلبس جبة مكفوفة بالحرير)[2].

ولبس عامة الصحابة رضي الله عنهم الخزَّ مشهورٌ والخزّ مُسدَّاً بالحرير، ولأنَّا رأينا القليل من الْفِضَّة حل للرجال وَهُوَ الخاتم ترغيباً فِي نعيم الآخرة، فَكَذَلِكَ العلم.

وَأَمَّا السُداة فمستورٌ فأشبه الحشو والمسمار وَلِأَنَّهُ بالنسج صَارَ ثَوْبَاً، والنسج باللحمة يكون، فيُضاف كونه ثَوْبَاً إِلَى هَذَا الذي هُوَ آخر الأمرين، فَلِذَلِكَ جعلنا اللحمة حكماً فِي الإباحة والتحريم.

---

(١) رواه البيهقي فِي شعب الإيمان برقم/ ٦١٠٤/، والدارقطني فِي العلل برقم/ ٣٢١/، وأحمد فِي فضائل الصحابة برقم/ ١١٥١/، وابن راهويه برقم/ ٢١٢٧/.

(٢) الحديث (حدّثنا عبدُ اللهِ أبو عمرَ مولى أسماءَ بنتِ أَبَى بكرٍ قالَ رأيتُ ابنَ عمرَ رضي الله عنهما فِي السّوقِ اشْتَرَى ثوبا شاميّا فرأى فيهِ خيطا أحمرَ فردّهُ فأتيتُ أسماءَ فذكرتُ ذلكَ لها فقالتْ يا جاريةُ ناوليني جبّةَ رسولِ اللهِ ﷺ. فأخرجتْ جبّةَ طيالسةَ مكفوفةَ الجيبِ والكمّينِ والفرجينِ بالدّيباجِ) رواه أبو داود برقم/ ٤٠٥٦/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ٦٣٠٢/، وابن ماجه برقم/ ٣٥٩٤/.

وأهدرنا حكم السدى فِي الإباحة والتحريم، ولأنَّ اللحمة هِيَ الظاهرة فِي الغالب.

[مطلب: في التوسد والنوم على الحرير]

وَأَمَّا التوسد والنوم عَلَيْهِ حرام عند محمَّد ﷺ، وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَيْضاً، ذكره القُدوري والقَاضِي أبو العاصم[١] ﷺ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: لَا بَأْسَ بِهِ.

وَكَذَلِكَ الاختلاف فِي ستر الحرير وتعليقه عَلَى الأبواب.

وجه قولَهُما: ما روينا من عموم النهي والتحريم، ولما روي عن سعد بن أبي وقاص ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (لَأن أتكأ عَلَى جَمْرِ الْغَضَا أَحَبَّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أتكئ عَلَى مرافقَ الحريرِ)[٢].

وعن علي ﷺ أَنَّهُ أُتي بدابة عَلَى سرجها حرير فَقَالَ: (هَـذَا لَهُمْ فِي الدُّنْيَا، وَلَنَا فِي الْآخِرَةِ)[٣]، ولأنَّ التنعم بالجلوس والنوم [عَلَيْهِ][٤] والاستعمال بِذَلِكَ مثل اللبس، وَذَلِكَ عادة المترفين.

---

(١) محمّد بن أحمد القَاضِي أبو عاصم العامري كَانَ قاضياً بدمشق ومن تصانيفه المبسوط نحو من ثلاثين مجلداً. الجواهر المضيئة

(٢) رواه الحاكم فِي المستدرك برقم/ ٣٦٩٧/ ، وَقَالَ حديث صحيح عَلَى شرط الشيخين وَلَمْ يخرجاه.

(٣) رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ٥٨٦٦/ .

(٤) فِي ب

أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَإِنَّهُ احتج بِمَا روي عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ كَانَ عَلَى بساطٍ مرفقته حرير(١).

وعن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ جلس عَلَى مرفقة حرير، وَكَذَلِكَ عن الحسن.

ولأنَّا أجمعنا أنَّ القليل من الملبوس حلالٌ، وَهُوَ ما قلنا من الأعلام، فَكَذَلِكَ القليل من اللبس والاستعمال.

لِأَنَّ التوسد والنوم عَلَيْهِ وافتراشه استعمال وَهُوَ مع ذَلِكَ امتهان، فقصُر معنى الاستعمال والتزين فِيهِ، فَلَمْ يتعد حكم التحريم من الملبوس الَّذِي هُوَ استعمال كامل إِلَيْهِ، بَلْ كَانَ هُوَ تقليل الملبوس أشبه ترغيباً بِمَا هُوَ فِي الآخرة بِمَنْزِلَةِ النموذج دون المقصود فِي نعيم الآخرة.

وَيُكْـرَهُ لبنة الحرير، وكره محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ فِي نوادر هشـام تكة(٢) الديباج(٣) والإبريسم(٤).

١٠٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ الأَكْلَ وَالشُّرْبَ والادِّهَانَ فِي آنِيَةِ الْفِضَّةِ، وَكَانَ لَا يَرَى بِالإِنَاءِ المُفَضَّضِ بَأْساً.

---

(١) قَالَ الزيلعي فِي نصب الراية: غريب جداً، والحديث بالنهي رواه البخاري بلفظ (عن حذيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: نهانا النَّبي ﷺ أن نشرب فِي آنية الذهب والفضة وَأَنْ نأكل فِيهَا وعن لبس الحرير والديباج وَأَنْ نجلس عَلَيْهِ) برقم/ ٥٤٩٩/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٠٢/.

(٢) تكة: هِيَ الدكة وَهُوَ شريط من نسيج يربط بِهِ أعلى السروال.

(٣) الديباج: ثوب لحمته وسداه من حرير.

(٤) أبريسم: بفتح الراء والسين وكسرهما، وكسر الراء وفتح السين أحسن أنواع الحرير.

أَمَّا الْأَوَّل: فلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي الَّذِي يشرب فِي إناء الْفِضَّة والذهب: (إِنَّمَا يُجَرْجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ)[1].

وعن حذيفة أَنَّهُ نزل عند دهقان بالمدائن فأتاه بشراب فِي إناء فضة فَلَمْ يقبله، وَقَالَ: نهانا عَنْهُ رسـول الله ﷺ، ثُمَّ نزل بِهِ فِي العام الآخر فقدم إِلَيْهِ شـراباً فِي إناء الْفِضَّة فكسره حذيفة رضي الله عنه عَلَى رأسه[2].

والأكل والادهـان وكل اسـتعمال نظيرُ الشـرب فأُلحق بِهِ، وَهُوَ تشـبهٌ بزي المشركين وتنعمٌ بنعمة المترفين وَذَلِكَ حرام.

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ فِى حَيَاتِكُمُ ٱلدُّنْيَا وَٱسْتَمْتَعْتُم بِهَا﴾ [الأحقاف: ٢٠].

وَكَذَلِـكَ الأكل بملعقة الْفِضَّة والذهب والاكتحال بميل الذهب والفضة وَمَا أشبه ذَلِكَ حرام.

فأمَّـا الإناء المفضض فَلَا بَأْسَ بالأكل والشـرب مِنْـهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي موضع الْفِضَّة عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وكره عند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله، وَكَذَلِكَ الاختلاف فِي المضبب من كل الأواني، وَكَذَلِكَ الكرسي المضبب بالذهب والفضة لَا بَأْسَ بالجلوس عَلَيْهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله إِذَا لَمْ يقعد عَلَى موضع الذهب والفضة.

وَكَذَلِكَ إِذَا جَعَلَ ذَلِكَ فِي السقوف[3] جَازَ عنده، وكره عند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله،

---

(١) الحديث (الّذى يشـربُ فِـي آنيةِ الْفِضَّة إنّمـا يجرجرُ فِي بطنهِ نارَ جهنّـمَ) رواه البخاري برقم/ ٥٣١١/ ، ومسلم برقم/ ٥٥٠٦/ .

(٢) رواه ابن حبان برقم/ ٥٣٣٩/ .

(٣) فِي ب: فِي السرج

وَكَذَلِكَ إِذَا جَعَلَ ذَلِكَ فِي الْمَسْجِد فَلَا بَأْسَ بِهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَكَذَلِكَ حلقة الْمَرْأَة إِذَا كَانَتْ من الذهب أَوْ الْفِضَّة فَلَا بَأْسَ بِهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وكره ذَلِكَ أَبُو يُوسُفَ ﵀، وَكَذَلِكَ إِذَا جَعَلَ المصحف مذهباً أَوْ مفضضاً لَمْ يكره عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وكره عند أَبِي يُوسُفَ ﵀، وَهَذَا إِذَا كَانَ يخلص، فأَمَّا التمويه الَّذِي لَا يخلص فَلَا بَأْسَ بِهِ بِالْإِجْمَاعِ.

احتج أَبُو يُوسُفَ ﵀ بعموم ما ورد فِيهِ النهي، وَقَالَ: من استعمل إناءً كَانَ مستعمِلًا لكل جزء مِنْهُ يكره كما إِذَا استعمله بِعَيْنِهِ.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﵀ بأَنَّ هَذَا تابع فَلَا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير، ومثل العلم فِي الثوب وشبّه ذَلِكَ بالشراب من الكف الَّذِي عَلَى خنصره خاتم فضة أَنَّهُ لَا يكره، وصار من جنس التجمل.

وفرق أَبُو يُوسُفَ ﵀ وَقَالَ: الخاتم لَمْ يصر جزءاً من الكف بخلاف مسألتنا، وكلام أَبِي يُوسُفَ ﵀ باطل بالمسمار، وكل ما كَانَ باطناً.

وقول محمّد ﵀ مثل قول أَبِي يُوسُفَ ﵀، حكاه القَاضِي أبو عاصم العامري[1] فِي كِتَاب الحظر والإباحة.

فإن قيل يدخل عَلَى ما قلتم أَنَّ الجلوس عَلَى كرسي الْفِضَّة لَا يحل وَلَا يحل افتراشه وَقَدْ حل القليل مِنْهُ وَهُوَ لُبس الخاتم.

قلنا لَا يدخل هَذَا على فقه المسألة وَهُوَ أَنَّا ما أطلقنا القليل إِلَّا ليكون نموذجاً

(١) محمّد بن أحمد أبو عاصم العامري كَانَ قاضياً بدمشق، من تصانيفه المبسوط نحو من ثلاثين مجلداً، ذكرا السمعاني أَنَّ العامري نسبة إِلَى عامر بن لؤي، وعامر بن صعصعة، وعامر بن عدي، وعامر بطن أَيْضَاً من قيس غيلان. الجواهر المضيئة

فَإِذَا انقلب مقصوداً لَمْ يلزم، وبَطَلَ إطلاقه وبقي حراماً كالخمر.

وبيانه: أنَّ الحرير والديباج لباس أَهْل الْجَنَّة.

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ﴾ [الحج: ٢٣]، فوجب إطلاق القليل مِنْهُ وَهُوَ العلم، والقليل من لبسه وَهُوَ الافتراش ليكون نموذجاً للملك الكبير الكامل.

فأمَّا الْفِضَّة فَلَيْسَ يَكُونُ فِي دار الآخرة مِنْهُ لباس، وَإِنَّمَا يكون مِنْهُ الكراسي وَمَا أشبه ذَلِكَ.

فلو أطلقناه لصار عين ذَلِكَ مطلقاً وعين ذَلِكَ لَا يصلح نموذجاً، فَصَارَ هَذَا القدر ههنا نظيراً للبس فِي الحرير، وصار لبس الخاتم هناك مثل افتراش الحرير، والله أعلم.

والذهب والفضة شيء واحد فِي المعنى، فصلُح أدناهما نموذجاً عن الكل كما صلُح المسكر من أدنى الأشربة نموذجاً عن الكل [فَكَذَلِكَ ههنا][1].

١٠٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بَأْسَاً بِلُبْسِ مَا سُدَاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ غَيرُ ذَلِكَ، وَيُكْرَهُ لُبْسُ مَا كَانَ لُحْمَتُهُ حَرِيراً وَسُدَاهُ غَيرُ ذَلِكَ فِي غَيْرِ الحَرْبِ، وَلَا يَرَى بِهِ بَأْسَاً فِي الحَرْبِ، وَكَانَ يَكْرَهُ ما كَانَ حَرِيراً كُلُّهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا بَأْس بِلُبْسِ الحَرِيرِ وَالدِّيبَاجِ فِي الحَرْبِ.

أَمَّا باعتبار اللحمة فِي الإباحة والتحريم فَلَمَّا سبق من الْوَجْهَيْنِ.

---

(١) فِي ب

أَلَا تَـرَى أَنَّ الثـوب ينسـب إِلَـى اللحمة لما قلنا مـن الْوَجْهَيْـنِ وَفِي حكم الْيَمِيـن[1] يُعتبر اللحمة، وَفِي حكم التنعيل يُعتبر اللحمة كَذَلِكَ فِي السـير الكبير، وشبّه السداة بالقز الَّذِي هُوَ حشوٌ[2].

واعتبر اللحمة بالظِهارة الَّتِي ينسب إليها الثوب إِلَّا فِي الفراء فَإِنَّهُ يُنسب إِلَى البطانة، فَلِذَلِكَ وجب اعتبار النسـبة [ههنا][3]، وَلَا خلاف فِيمَا كَانَ مخلوطاً مِمَّا لحمته حريرٌ أَنَّهُ يحل لبســه فِي الحرب للضرورة والحاجة، وَقَدْ جاءت السـنَّة فِي الإطلاق عند الحاجة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أطلق للزبير وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما لبس الحرير لحكة بهما[4]؟

وتفسـير الحاجة فِي الحرب شـيئان: التهييب بصورته وَهِـيَ بريقه ولمعانه ولونه، والدفع بمعناه لِأَنَّ القز يدفع معرة السلاح.

وَأَمَّا المُصمت[5] مِنْهُ فَلَا يحل لبسه فِي الحرب عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا بَأْسَ بِهِ.

---

(١) فِيمَا لو حلف لَا ألبس حريراً فلبس ما سداه حرير ولحمته من غيره لَا يحنث.

(٢) بمعنى لو كَانَ القز الَّذِي هُوَ الحرير الخام حشـواً لوسـادة أَوْ فراش جَازَ، فَكَذَلِكَ السداة تشبهه من حيث أنها داخل القماش لَا تظهر.

(٣) فِي ب

(٤) الحديـث رواه البخاري برقم/ ٥٥٠١/ ، ومسـلم برقـم/ ٥٥٥٢/ ، ولفظه (عَنْ أنسٍ قالَ رخّصَ رسولُ اللهِ ﷺ أَوْ رخّصَ للزّبيرِ بنِ العوّامِ وعبدِ الرّحمنِ بنِ عوفٍ فِي لبسِ الحريرِ لحكّةٍ كانتْ بهما).

(٥) الحرير الخالص الَّذِي لَمْ يخلط بغيره.

واحتجا بِمَا ذكر الشـعبيُّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رخـص فِي لبس الحرير والديباج فِي الحرب، ولأنَّ الحاجة ماسة إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّ ما خلص مِنْهُ أدفع وأهيب.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ بعموم النهي، وبما روي عن الحسن وعكرمة وعبد الله بـن كثير[١] أنَّهم قالوا: التوقي عن الحرام فِي حال التعرض للشـهادة أولى، ولأَنَّ الحـرام لَا يحـل إِلَّا عند الضرورة، وَقَـدْ صَارَتْ الضرورة مدفوعـةً بالأدنى، لِأَنَّ المخلـوط مِمَّـا كَانَ لحمته حريراً وإِنْ كَانَ حريراً فِي الحكم ففيه شـبه الغزل لِأَنَّهُ موجود وَإِنَ لَمْ ينسـب إِلَيْهِ، فَصَارَ هَذَا حريراً ناقصـاً، والدفع بظاهره يحصل لِأَنَّ البريق يقوم[٢] باللحمة وَلَا يقصُر بالسدى، والدفع بمعناه يحصل أَيْضَاً، لِأَنَّ الدفع بالحرير قاصر فِي الأصل.

وللمصمت مزية الخلـوص، وَلَهُذا مزية القوة والثخانة فاسـتويا فوجب أن يُحترز بالأدنى عَلَى الأعلى فِي باب التحريم.

ويبطـل ما قَالَ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ باسـتعمال الذهـب والفضة للتهييـب والدفع أَنَّهُ يخلط ما حلَّ بغيره دون المصمت.

ويحتمل أن يراد بالحديث المخلوط الَّذِي ينسب إِلَى الحرير فيسمى حريراً.

وَلَا يلـزم عَلَى هَـذَا حديث الزبيـر وعبد الرحمن بن عـوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لِأَنَّ ضرر الحكـة لَا يندفـع إِلَّا بالرقيق الخالص، وَأَمَّـا المخلوط فَلَا يدفعـه لثخانته، وأمر الحرب خلاف ذَلِكَ.

---

(١) ابن كثير (٤٥ – ١٢٠هـ) عبد الله بن كثير الداري المكي، ابو معبد: أحد القراء السبعة، كَانَ قاضي الجماعة بمكة، وكانت حرفته العطارة، ويسـمون العطار « داريا » فعرف بالداري، وَهُوَ فارسي الأصل، مولده ووفاته بمكة.

(٢) فِي ب

١٠٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ قَـالَ: أَكْرَهُ أن يُقبِّلَ الرَّجُلُ مِنْ الرَّجُلِ يَدَهُ أَوْ فَمَهُ أَوْ شَيْئاً مِنْهُ وَأَكْرَهُ الْمُعَانَقَةَ، وَلَا أَرَى بِالْمُصَافَحَةِ بَأْسَاً.

وذكر الطَّحَاوِيُّ فِي شرح الآثار أَنَّهُ قولُ محمَّد ﷺ، وَأَمَّا أَبُو يُوسُفَ ﷺ فَلَمْ ير بِهِ بَأْسَاً.

وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ بِمَا روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عانق جعفراً ﷺ حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وَذَلِكَ عند فتح خيبر، وَقَالَ: (لَا أَدْرِي أَنَا أَشَدُّ فَرَحًا، بِفَتْحِ خَيْبَرَ، أَوْ بِقُدُومِ جَعْفَرٍ ﷺ)[١].

وعانق زيـدَ بن حارثـة ﷺ، وكان أصحابُ النَّبي ﷺ يفعلـون ذَلِكَ، وكان الأعرابُ يقبلون أطراف رسول الله ﷺ.

وَاحْتَـجَّ أَبُو يُوسُـفَ ومحمَّد ﷺ بحديث أنسٍ ﷺ قَالَ: قُلْنَا: يا رسـول الله أَيَنْحَنِـي بَعْضُنَا لِبَعْضٍ؟ قَالَ: (لَا)، فقُلْنَا: أَيُعَانِـقُ بَعْضُنَا بَعْضا؟ فَقَالَ: (لَا)، فقُلْنَا: أَيُصَافِحُ بَعْضُنَا بَعْضًا، قَالَ: (نَعَمْ)[٢]

وبمـا روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: نَهَى عَنْ الْمُكَامَعَـةِ[٣] وَهِيَ المضاجعة والْمُعَانَقَةُ،

---

(١) رواه الطبراني فِي الكبير برقم/ ١٤٧٨/ ، والبزار فِي المسند برقم/ ١٣٢٨/ ، وابن قانع فِي معجم الصحابة برقم/ ٢٤٦/

(٢) رواه ابن ماجه برقم/ ٣٧٠٢/ ، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٣٣٥١/ ، والبزار برقم ٧٣٦٠/ .

(٣) رواه أبو داود برقم/ ٤٠٥١/ ، وابن أبي شيبة/ ٧٣٤/ .

وعــن المكاعمة[1] وَهِــيَ التَّقْبِيلُ، وَإِنَّمَا الاختــلاف فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُــنْ عَلَيْهِما غير الْإِزَار، وَهَذَا القول أحوط والأول أوسع.

وَأَمَّا المصافحة فَهِيَ سنَّة الْمُسْلِمِينَ، وَهِيَ سنَّة قديمة متوارثة فِي البيعة وغير ذَلِكَ.

١٠٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، قَالَ: لَا أَرَى بَأْسَـاً بِبَيْعِ بُيُوتَاتِ أَهْلِ مَكَّةَ، وَأَكْرَهُ بَيْعَ الأَرْضِ، أَمَّا بَيْعَ البُيُوتَاتِ فَجَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ.

لِأَنَّ البيوتات ملكُ الَّذِي بناها.

أَلَا تَـرَى أَنَّ مـن بنى عَلَى أرض الوقف بنـاءً جَازَ بيعه؟ فهذا كَذَلِـكَ، وَأَمَّا بيع الأرض فجائزٌ عند أَبِي يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله، وَهُوَ إحدى الروايتين عن أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

ووجـه ذَلِكَ ظاهرٌ[2]، لِأَنَّ الأَراضي ملكٌ لأربابهـا، وَإِنَّمَا العتيق هِيَ الكعبة والمسجد.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُصنع فِي أرض مكة ما يُصنع فِي سـائر الأراضي من النجاسـات وأنواع التلويث؟

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله فِي رواية: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ جواب هَذَا الْكِتَاب.

وجه ذَلِكَ أنَّ الله تعالى قَالَ: ﴿سَوَآءً ٱلۡعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلۡبَادِۚ﴾ [الحج: ٢٥].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة برقم/ ٧٣٤/، والطحاوي فِي مشكل الآثار برقم/ ٢٧٥٢/.

(٢) فِي ب: ظاهر الرواية

إِلَّا أنَّ الآية فِي الْمَسْـجِد فَلَا يصح الاحتجاج بِهَا، وَإِنَّمَا الحجة ما روي عن ابـن عباس ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (الْحَرَمُ كُلُّهُ مَسْـجِدٌ وكله مقـام إبراهيم ﷺ)(١)، فوجب العمل بهذا ما أمكن إِلَّا عند الضرورة.

١٠٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْس بِأَنْ تَخْرُجَ أُمّ الْوَلَدِ وَالأَمَة تُسَافِرُ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ.

وأصله ما سـبق أنَّ الأمة بِمَنْزِلَةِ المحرم لعامة الرِّجَال، ولَا بَأْسَ بالسـفر مع المحرم للحرائر، فَكَذَلِكَ الأمة مع الأجانب.

١٠٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّـهُ كَانَ يَكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ الرَّجُلَ فِي عُنُقِ عَبْدِهِ الرَّايَةِ، وَلَا يُكْرَهُ أَنْ يُقَيدَهُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وتفسير ما كَرِهَ أن يجعل عَلَى عنق عبده طوق حديدٍ(٢) مسمراً بمسمارٍ عظيمٍ يمنعـه من أن يحرّك رأسـه، وَهَذَا معتـادٌ بين الظالمين، وَهُوَ باطلٌ حـرامٌ لِأَنَّهُ أمرٌ محدثٌ، وشرُّ الأمور محدثاتها.

---

(١) رواه ابن زنجويه برقم/ ٢٠٤/ ، والقاسم بن سلام برقم/ ١٥٤/ .

(٢) قَالَ الفقيه أبو الليث فِي شَرْح الجَامِعِ الصَّغِيرِ: كَانَ هَذَا فِي الزمن الْأَوَّل أنا فِي زماننا هَذَا فَقَدْ جرت العادة فِي الراية إِذَا خيف مِنْهُ، وَقَدْ يحتاج إِلَيْهِ. البناية شرح الهداية ١٢/ ٢٦٧

وَقَـالَ النَّبي ﷺ: (إِنَّ كُلَّ مُحْدَثَةٍ بِدْعَـةٌ، وَكُلَّ بِدْعَةٍ ضَلَالَةٌ، وَكُلَّ ضَلَالَةٍ فِي النَّار)[1].

وَلِأَنَّهُ عقوبة الكفار وعقوبة أَهْل النَّار، وَأَمَّا القيد فَهُوَ سـنَّة الْمُسْـلِمِينَ، وَلَمْ يزل أَمَرَ الْمُسْـلِمِينَ عَلَى هَذَا وهُوَ تقييد السـفهاء والدعَّار فَكَذَلِكَ العبيد يحسـن تقييدهم احترازاً عن إباقهم، والتمرد عَلَى مواليهم وتعرضهم بالمكروه.

١٠٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّـهُ قَالَ: أَخْذُ الأَجْرِ عَلَى حَمْلِ خَمْرِ الذِّمِّيِّ يَطِيبُ لَهُ، وَهُوَ جائزٌ عَلَيْهِ. وَعِنْدَهُمَا هُوَ مَكْرُوهٌ.

وجه قولَهُما: أَنَّهُ إعانةٌ عَلَى المعصية فَلَا بُدَّ من أن يكره.

أَلَا تَرَى إِلَى قولَهُ ﷺ: لَعَنَ اللهُ فِي الْخَمْرِ عَشْرَةً[2]؟ وَإِنَّمَا لعنهم لما فِي ذَلِكَ من الإعانة عَلَى المعصية.

وَقَـدْ نص فِي ذَلِـكَ عَلَى الحامل والمحمـول إِلَيْهِ بخلاف حمل النجاسـة والميتة، لِأَنَّهُ يُحمل للذمي ففيه تنزيه الطَّرِيق وتفريغه مِنْ غَيْرِ معصية.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: بأَنَّ عين فعله لَيْسَ بمعصية وَلَا سبب لَهَا، أَمَّا عينه فَلَا

(١) رواه أبو داود برقم/ ٤٦٠٩/ ، وابن حبان برقم/ ٥/ ، وابن خزيمة برقم/ ١٧٨٥/ ، والدارمي برقم/ ٩٥/ ، والحاكم فِي المستدرك برقم/ ٣٣٢/ .

(٢) الحديث (عن أنسِ بنِ مالكٍ قالَ لعنَ رسولُ اللهِ ﷺ فِي الخمرِ عشرةً عاصرها ومعتصرها وشـاربها وحاملها والمحمولةُ إليهِ وسـاقيها وبائعها وآكلَ ثمنها والْمُشْتَرِي لها والمشتراةُ لـهُ) رواه ابـن ماجه برقم/ ٣٣٨١/ ، والترمـذي برقم/ ١٢٩٥/ ، والطبراني فِي الأوسـط برقم/ ١٣٥٥/ ، والبزار فِي مسنده برقم/ ٧٥١٦/ .

يُشكل، وَلَيْسَ بسبب أَيْضاً، لِأَنَّ المعصية إنما تحصل من بعدُ بفعلِ مختارٍ، وَلَيْسَ من ضرورات الحمل.

ولمـا كَانَ كَذَلِكَ أشـبه عصـرَ العنب وقطفه وَمَا أشـبه ذَلِـكَ، وَهَذَا قياس، وقولَهُما استحسان.

١٠٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مُحْرِمٍ ذَبَحَ سُلْحُفَاةً، قَالَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَأَكْرَهُ أَكْلَهَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

وَإِنَّمَـا وجه ذَلِـكَ لِأَنَّهَا خبيثـةٌ من جملة حشـرات الأرض، بِمَنْزِلَـةِ الفأرة وغيرها، فحرمت لقول الله تَعَالَى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧].

ولما خَبُثَتْ لَمْ تستوجب أماناً كالفأرة يحل للمحرم قتلها.

١٠٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمُسْـلِمِ يَكُونُ لَهُ الأَجِيرُ الْمَجُوسِيّ أَوْ الخَادِمُ أَوْ البَائِعُ فَيُرْسِـلُهُ لِيَشْـتَرِي لَهُ لَحْماً فَيَأْتِيَهُ بِلَحْمٍ فَيَقُولُ: اشْـتَرِيتُهُ مِنْ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ مُسْلِمٍ أَيَسَعُهُ أَنْ يَأْكُلَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ. وإِنْ كَانَ غَيرُ ذَلِكَ لَمْ يَسَعْهُ.

وأصلـه أنَّ خبـر الكافر فِي المعاملات مقبولٌ لِأَنَّ الكافر من أَهْل الشـهادة، وَفِي المعاملات ضرورة أَيْضاً.

أَلَا تَرَى أَنَّ خبر الفاسق فِيهِ مقبولٌ إِذَا كَانَ من رأي السامع صدقه؟ فَصَارَ ما أخبره حقاً، وذبيحة الْمُسْلِمِينَ وَأَهْل الْكِتَاب حلال.

فأمَّا إِذَا كَانَ غير ذَلِكَ أي ذبيحة مجوسيٍّ[1] فَهِيَ حرامٌ.

١٠٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: أَكْرَهُ مَا كَانَ فِي الْبَحْرِ سِوَى السَّمَكِ.

وَقَالَ مالكٌ وابن أبي ليلى[2] والأوزاعيُّ[3] ﷺ بإطلاق جميع ما فِي البحر.

واستثنى بعضهم الكلب والخنزير والإنسان.

ويُحكى عن الشافعي ﷺ أَنَّهُ أطلق ذَلِكَ [كله][4].

واحتجوا بقول الله تَعَالَى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦]، مِنْ غَيْرِ فصل.

---

(١) غيرهم فِي ب

(٢) ابن أبي ليلى: هُوَ محمّد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي القَاضِي أبو عبد الرحمن، صدوق، فقيه، روى عن: طلحة بن مصرف، ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس، واستمر ٣٣ سنة، لَهُ أخبار مع الامام أَبِي حَنِيفَةَ وغيره، مات بالكوفة سنة ١٤٨هـ. الطبقات الكبرى

(٣) الأوزاعي (٨٨ – ١٥٧هـ) عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي، من قبيلة الأوزاع، أبو عمرو إمام الديار الشامية فِي الفقه والزهد، وأحد الْكِتَّاب المترسلين، ولد فِي بعلبك، ونشأ فِي البقاع، وسكن بيروت وتوفي بِهَا، وعرض عَلَيْهِ القضاء فامتنع، قَالَ ابن خلكان لَمْ يَكُنْ بالشام أعلم مِنْهُ. وفيات الأعيان

(٤) فِي ب

ولقول النَّبي ﷺ فِي صفة البحر: (هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ والْحِلُّ مَيْتَتُهُ)(١).

وبمـا روي أَنَّ الْبَحْرَ لَفَظَ دَابَّـةً يُقَالُ لَهَا الْعَنْبَرُ، فأكل مِنْهَا أصحابُ النَّبي ﷺ كذا كذا يوماً، وَهُوَ حديثٌ مشهورٌ صحيحٌ(٢).

وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ بقول الله تَعَالَى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، والخنزير والكلب من الخبائث.

ونهى رسول الله ﷺ عن دواء يُتخذ فِيهِ الضفدع(٣)، ونهى عن بيع السرطان(٤).

والخلاف فِي البيع مثله فِي الأكل.

---

(١) رواه أبـو داود برقم/ ٨٣/ ، وابن ماحه برقم/ ٣٨٦/ ، والترمذي برقم/ ٦٩/ ، والنّسـائي برقم/ ٥٨/ ، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٩٧/ ، والحاكم فِي المسـتدرك برقم/ ٤٩١/ ، وكلهم بلفظ (الحل) مِنْ غَيْرِ واو.

ورواه ب(والحل) الربيع فِي مسنده برقم/ ١٦١/ ، وَفِي مسند الشاميين برقم/ ٤٢/ .

(٢) الحديث بتمامه (جابرَ بنَ عبدِ اللهِ يقولُ بعثنا رسولُ اللهِ ﷺ ونحنُ ثلاثمائةِ راكبٍ وأميرنا أبو عبيدةَ بنُ الجرّاحِ نرصدُ عيرا لقريشٍ فأقمنا بالسّـاحلِ نصفَ شـهرٍ فأصابنا جوعٌ شديدٌ حَتَّى أكلنا الخبطَ فسمّيَ جيشَ الخبطِ فألقى لنا البحرُ دابّةً يقالُ لها العنبرُ فأكلنا مِنْهَا نصفَ شـهرٍ وادّهنّا منْ ودكها حَتَّى ثابتْ أجسـامنا قالَ:فأخذَ أبو عبيدةَ ضلعا منْ أضلاعهِ فنصبهُ ثـمَّ نظرَ إِلَـى أطولِ رجلٍ فِي الجيشِ وأطولِ جملٍ فحملهُ عَلَيْـهِ فمرَّ تحتهُ قالَ وجلسَ فِي حجاجِ عينهِ نفرٌ قالَ وأخرجنا منْ وقبِ عينهِ كذا وكذا قلّةَ ودكٍ قالَ: وكانَ معنا جرابٌ منْ تمـرٍ فكانَ أبو عبيدةَ يعطى كلَّ رجلٍ منّا قبضةً قبضـةً ثمَّ أعطانا تمرةً تمرةً فَلَمَّا فنىَ وجدنا فقدهُ). رواه البخاري برقم/ ٤١٠٣/ ، ومسلم برقم/ ٥١١٠/ واللفظ لَهُ.

(٣) رواه أبو داود بلفظ (عنْ عبدِ الرّحمنِ بنِ عثمانَ أنَّ طبيبا سألَ النّبيَّ ﷺ عنْ ضفدعٍ يجعلها فِي دواءٍ فنهاهُ النّبيُّ ﷺ عنْ قتلها)، برقم/ ٣٨٧٣/ ، والبيهقي فِي الكبرى برقم ١٩٤٧٧/ ، والطيالسي برقم/ ١١٨٣/ .

(٤) قَالَ الزيلعي فِي نصب الراية غريب جداً.

والعمومات مخصوصة بقول النَّبي ﷺ: (أُحِلَتْ لنا مَيْتَتَانِ الْجَرَادُ وَالسَّمَكُ، والدَمَانِ الطِّحَالُ وَالْكَبِدُ)[1].

والعنبر نوعٌ من السمك، والسمك أنواع وكلها حلالٌ.

١٠٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، أَنَّهُ قَالَ: لَا بَأْسَ بالحُقْنَةِ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وأصله أنَّ استعمال الدواء جائزٌ.

قَالَ النَّبي ﷺ: (تداوَوا فإنَّ اللهَ تَعَالَى ما خَلَقَ داءً إلَّا وَضَعَ لَهُ دواءً إلَّا السامَّ والهَرَم)[2].

وَقَدْ توارثت بِهِ السنَّة وانعقد عَلَيْهِ إجماع الْمُسْلِمِينَ، وَلَمْ يفصل فِي الْكِتَاب بين الرِّجَال وَالنِّسَاء.

ولَا يَجُوزُ ان يستعمل المحرَّم فِي الحقنة مثلَ الخمر لِأَنَّ التداوي بالحرام باطلٌ حرام.

والمذهب عند أَهْل السنة والجماعة وأئمة الفتوى أنَّ التوكل المأمورَ بِهِ بعد كسب الأسباب، ثُمَّ التوكل بعد هَذَا على الله تَعَالَى دون الأسباب.

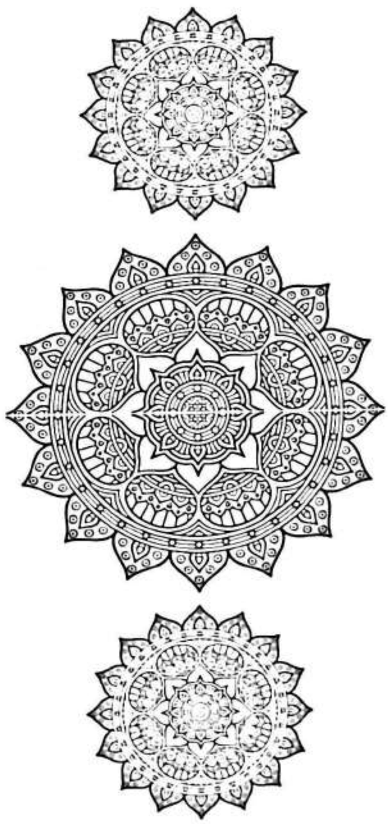
والحقنة من هَذَا البَابِ، والله أعلم.

---

(١) الحديث (أحلتْ لنا ميتتانِ ودمانِ فأما الميتتان فالحوتُ والجرادُ وَأَمَّا الدمان فالكبدُ والطِّحال) رواه ابن ماجه برقم/ ٣٣١٤/ ، وأحمد برقم/ ٥٧٢٣/ ، وعبد بن حميد فِي مسنده برقم/ ٨٢٠/ .

(٢) رواه ابن حبان برقم/ ٦٠٦٤/ .

٣٦- كِتَابُ العَتْقِ



١٠٧٢- مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ كُلُّ مَمْلُـوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُـرٌّ بَعْدَ مَوتِي وَلَهُ مَمْلُوكٌ فَاشْـتَرَى مَمْلُـوكًا آخَرَ. فَقَالَ: المَمْلُـوكُ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ مُدَبَّرٌ، وَهَذَا الآخَرُ لَيْسَ بِمُدَبَّرٍ، وَيُعْتَقَانِ مِنَ الثُّلُثِ وَيَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ فِي الثُّلُثِ.

هَذِهِ مسـألة طعن فِيهَا عيسـى بن أبان[1]، فَقَالَ قولَـهُ: (أملكه) يتناول الحال

(١) عيسى بن أبان بن صدقة أبو موسى الإمام الكبير، تفقه عَلَى محمَد بن الحسن قيل إنَه لزمه ستَة أشهر.
قالَ ابن سـمَاعة كانَ عيسى حسن الوجه وحسـن الحفظ للحديث وكنت أدعوهُ لمجلس محمَد بن الحسن فيأتي إلَى أن لازمه وقالَ وكانَ بيني وبين النُور ستر فارتفع عني ما ظننت فِي مِلْكِ الله مثل هَذَا الرَّجُل.
قالَ أبو خازم كانَ عيسـى بن أبان سـخياً جداً كانَ يقول: والله لو أتيت برجل يفعل فِي مَالِهِ كفعلي فِي مالي لحجرت عَلَيْهِ.
قالَ الطَحاويّ سـمعت بكار بن قتيبة يقول سـمعت هلال بن يحيى يقول ما فِي الْإِسْـلَام قاض أفقه منهُ يعني عيسى بن أبان فِي وقته.
قـالَ الطَحاويّ: وسـمعت بكار بن قتيبة يقـول: كانَ لنا قاضيان لَا مثل لَهُمَا إسـمعيل بن حمَاد وعيسى بن أبان.
قـالَ الطَحاويّ: سـمعت أبا خازم القَاضِي يقول: ما رأيت أحـداً فتمنيت أن أكون مثله إلَا محمَد بن سمَاعة، وَمَا رأيت قطّ فقيهين متواخيين كل واحد مِنْهُمَا يوجب لصاحبه كإيجابه لنفسهِ غير محمَد بن سمَاعة وعيسى بن أبان ابن صدقة.
قالَ الطَحاويّ وحدثنا أبو بكر بكار بن قتيبة القَاضِي قالَ سـمعت هلال ابن يحيى يقول ما ولى الْبَصْرَة منذُ كانَ الْإِسْلَام إلَى وقتنا هَذَا قاض أفقه من عيسى بن أبان، قالَ وسمعت =

عنـد إطلاقه، فـإِنْ كَانَ العمل واجباً بهذا الأصل وجب أن لَا يعتق الَّذِي اشْـتَرَاهُ، ويكون مَمْلُوكَاً يباع، كما لو قَالَ كُلُّ مَمْلُوكٍ أملكه فَهُوَ حُرٌّ.

وإِنْ كَانَ هَـذَا الكلام يتناول الاسـتقبال لقولَهُ بعد موتـي وجب أن يصير ما اشْتَرَاهُ مدبراً.

والجواب عِنْدِي فِي المسألة أَنَّهُ إِنَّمَا يعتق من كَانَ فِي مِلْكِهِ يوم حلف يعتقون عند الموت، ولَا يَجُوزُ بيعهم قبل الموت، ومن حدث فِي مِلْكِهِ جَازَ بيعه وَلَمْ يعتق عند الموت بِمَنْزِلَةِ قولَهُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أملكه فَهُوَ حُرٌّ غداً.

والجـواب: أنَّ هَذَا الكلام إيجـاب بطريق الوصية، والوصيـة إِنَّمَا تقع عند الموت، ويكون حال الموت فِيهَا مقصورة.

أَلَا تَرَى أَنَّ من أوصى بثلث ما يملكه، وَلَيْسَ لَهُ مالٌ، أَوْ كَانَ فَهَلَكَ ثُمَّ حدث لَهُ مال أنَّ الحادث يدخل فِي الوصية إِذَا بقي إِلَى حين الموت؟

وَكَذَلِـكَ إِذَا أوصى لولد فلانٍ ولفلانٍ ولدٌ ثُمَّ حدث لَهُ ولد أنَّهم يدخلون إِذَا عاشوا إِلَى حين الموت.

فَـإِذَا ثبت هَذَا قلنا قـول الرَّجُل أملكه يتناول الحـال، والحال ضربان راهنةٌ ومحكيةٌ.

= محمَد بن يونس البصريّ قالَ: سـمعت عيسى بن أبان وَهُوَ عَلَى باب مسجده يريد دخوَلَهُ فقالت لهُ امرأة: أيها القَاضِي الله فِي أمري سـل عن قصتي الفقهاء قبل أن تقضي عليّ سل عن ذَلِكَ هلالا فسمعته يقول أيتها الْمَرْأَة ما بنا إِلَى هلال من فاقه.

حدث عن: إسـماعيل بن جعفر، وهشـيم، ويحيى بن أبي زائدة، وعنه: الحسـن بن سلام السواق، وغيره.

توفي سنة إحدى وعشرين ومئتين. الجواهر المضية ٢/ ٦٦٨.

والمحكية قَدْ تكون فِيمَا يستقبل، وَإِذَا دلَّ الدليل عَلَى الاستقبال صَارَ متناولًا وللراهن جَمِيْعَاً لِأَنَّ الكل جنس واحد، فَصَارَ المراد بِهِ ما يملكه للحال الراهنة وَمَا يملكه حال الموت.

فَإِذَا تناوَلَهُما الإيجاب صَارَ الَّذِي يملكه فِي وقت التكلم مراداً بِهِ بلا احتمال فوجب لَهُ العتق، فحرم إبطاله بِالْبَيْعِ.

وَأَمَّا الَّذِي يملكه فِيمَا يستقبل فَإِنَّهُ لَمْ يصر مراداً لَهُ، لِأَنَّ ما بين التكلم وحال الموت مستقبلٌ محضٌ لَيْسَ من الحال فِي شَيْءٍ.

فَـإِذَا بَاعَهُ فَقَدْ بَاعَهُ قبل وجوب حق العتق فصح، فَإِذَا لَمْ يبعه حَتَّى بقي عَلَى ملكه إِلَى وقت الموت تناوَلَهُ الإيجاب حينئذٍ لكونه واقعاً عَلَى حال الموت فوجب لَـهُ العتق فَصَارَ موصى لَهُ، وزاحم الْأَوَّل فِي الثلث فوجب أن يقسـم الثلث بينهما بضـرب كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي ذَلِكَ بقيمتـه، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي فَهُوَ حُرٌّ بعد موتي، لِأَنَّ قولَهُ: (كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي) يتناول الحال أَيْضَاً.

والحال نوعان فِي هَذَا الفصل يتناوَلُهما الكلام عَلَى ما بينا، فأمَّا ما خرج عن هذين القسمين فَلَا يتناوَلَهُ.

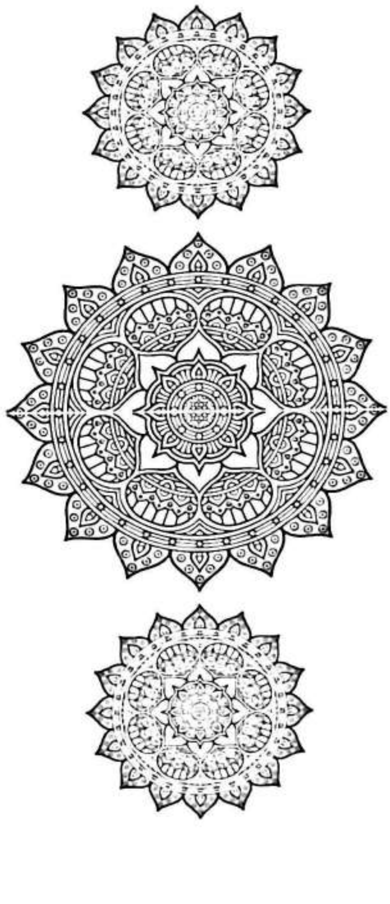
قَـالَ: وَلَـوْ قَالَ: كُلُّ مَمْلُـوكٍ أملكه فَهُوَ حُـرٌّ بعد غدٍ، وَلَهُ مملوكٌ واشـتَرَى مَمْلُـوكَاً آخر ثُمَّ جاء بعد غدٍ أَنَّهُ يعتق الَّذِي كَانَ يملكه يوم حلف وَلَا يعتق الآخر، وَهَذَا يخالف المسألة الْأُولَى لِأَنَّ هَذَا الكلام يتناول الحال الراهنة.

وَإِنَّمَـا يلحق بِهِ المسـتقبل بمعنى الحـال إِذَا قَامَ عَلَيْهِ الدليل، وَقَـدْ قَامَ عَلَيْهِ الدليل فِي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى وَهُوَ الإيصاء الَّـذِي يتوصل بحال الموت فألحق حال

المـوت بالحال الراهنة، وَلَمْ يقم الدليل فِي مسـألتنا [لِأَنَّ][1] (بعد الغد) من باب الاستقبال لَيْسَ من باب الحال وَلَهٰذا افترقا والله أعلم.

(١) فِي ب

٣٧- كِتَابُ الأَشْرِبَةِ



١٠٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: الخَمْرُ قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا حَرَامٌ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالَى.

الكلام فِي الخمر عَلَى مراتب:

الْأَوَّل: فِي ماهية الخمر.

والثاني: فِي حدِّ ثبوت هَذَا الاسم.

والثالث: أنَّ عينها حرامٌ.

والرابع: نجاستها.

والخامس: أَنَّهُ يكفرُ مستحلها.

والسادس: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بيعها وَلَا يضمن متلفها.

والسابع: أَنَّهُ لَا ينتفع بِهَا بوجهٍ.

والثامن: أَنَّهُ يحدُّ شاربها.

والتاسع: أَنَّهُ لَا يؤثر طبخها.

والعاشر: أَنَّهُ يجوز تخليلها [بوجهٍ][1].

---

(١) فِي ب

أَمَّـا الْأَوَّل: فإِنَّ الخمر هِيَ النيِّءُ من ماء العنب إِذَا صَارَ مُسْـكراً عندنا، وَهُوَ المشـهور المعروف عند أَهْل اللسان وَأَهْل العلم، وَقَالَ بعضهم: كل مسكرٍ خمر، وَاحْتَجَّ بحديث أبي هريرة ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (الْخَمْرُ مِنْ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ)[١] وأشار إِلَى النخلة والعنب.

وَفِي حديث عمر ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (الخمرُ مِنْ خمسةِ أشياء)[٢]، وذكر العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل.

وَاحْتَـجَّ عامـة الفقهاء بحديث ابن عبـاس ﷺ قَالَ: (حُرِّمَتِ الْخَمْـرُ لِعَيْنِهَا قَلِيلُهَا وَكَثِيرُهَا وَالسَّكَرُ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ)[٣].

ولأَنَّ حرمة الخمر ثابتةٌ بالكتاب قطعاً فَلَا يصح أن يصرف تحريمها إِلَّا إِلَى عينٍ ثبتت معرفتها قطعاً، وَهِيَ الَّتِي من ماء العنب إِذَا اشتد، فأمَّا غير ذَلِكَ فَلَا قطع فِيهِ.

والمراد من الأحاديث تحريم المسكر مِنْهُ، وأنَّه بمعنى الخمر.

---

(١) الحديث (الخمرُ منْ هاتينِ الشّجرتينِ النّخلةِ والعنبةِ) رواه مسلم بهذا اللفظ برقم/ ٥٢٥٧/، وأبو داود برقم/ ٣٦٨/، وابن ماجه برقم/ ٣٣٧٨/، والترمذي برقم/ ١٨٧٥/ والنسـائي برقم/ ٥٠٧٨/.

(٢) رواه الداقطنـي بلفظ (عن النعمان بن بشـير عن النبي ﷺ قَـالَ: إِلَّا إن الخمر من العصير والزبيب والتمر والحنطة والشعير) رقم/ ٤٠/.

وأوقفـه أبو نعيـم الأصبهاني عَلَى عمر بن الخطاب ﷺ، بالحديـث الَّذِي رواه فِي كِتَاب (تسـمية ما روي عن الفضل بن دكين) برقم/ ٤٥/، وبلفظ (عن الشـعبي قَالَ عبد الله بن عمر – وأنا أسـمع – قَالَ أميـر المؤمنين عَلَى هَذَا وكان رجلا صالحـاً «إِلَّا إن الخمر من خمسة أشربة من التمر، والعنب، والعسل، والحنطة، والشعير»

(٣) رواه البيهقي فِي السنن الكبرى/ ٢١٤٧٥/.

والمراد بِهِ الزجر وقطع العادة مثل تحريم الظروف[1] وكسرها وشقها، ولأَنَّ معنـى هَذَا الاسـم إِنَّمَا يتكامل فِي هَـذَا النوع المتفق عَلَيْهِ وَهُـوَ فِي غَيْرِه متفاوت مختلف، فَلَا يصح الاسـم حقيقة للكل مع تفاوتها لِأَنَّ الواحد لَا يتفاوت، فيصير الاسـم مشـتركاً حينئذ فيبطل العمل بِهِ، فثبت أَنَّهُ حقيقةٌ لما قلنـا مجازٌ لغيره وَقَدْ أريدت الحقيقة فَلَمْ يتناول المجاز.

وَأَمَّا الثَّانِي: فإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ قَالَ: إِذَا نشَّ[2] العصير وَهُوَ غليانه وألقى الزبد وقذفه فَهُوَ حده.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: إِذَا نشَّ فَقَدْ صَارَ خمراً وَإِنَ لَمْ يقذف الزبد.

وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ بأَنَّ حالَ النشيش حالُ شدته، وَهُوَ الأحوط.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ بأَنَّ النشـيش والغليان أمرٌ مضطربٌ وَذَلِكَ آثار ابتدائه، فَإِذَا قذف الزبد وألقى فَقَدْ صَارَ خمراً لَا شبهة فِيهِ[3]، وأحكام الخمر أحكام مبتدأةٌ مقطوعٌ بِهَا، فَلَا يصح إثباتها فِي موضع الشبهة.

وَأَمَّا الثالث: فمن النَّاس من أنكر حرمتها عيناً، وزعم أَنَّ السكر حرامٌ، وَذَلِكَ سخفٌ وباطلٌ مخالِّف للكتاب والسنة والإجماع، فَكَانَ كفراً مِنْهُ.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الله تَعَالَى سـمَّاه رجسـاً وَهُوَ اسمٌ للحرام النجس عيناً بلا شبهة، وجاءت السنة عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ متواترةً بأَنَّ الله حرم الخمر.

---

(١) الظروف: الآنية الَّتِي يملأ فِيهَا الخمر.

(٢) النشيش: صوت غليان العصير.

(٣) فِي أ: شبهة فِيهِ.

وَقَالَ ابن عباس ﷺ: (حُرِّمَتِ الْخَمْرُ لِعَيْنِهَا)(١).

وَهِيَ غير معلولةٍ عندنا حَتَّى لَمْ يتعد حكمها إِلَى شيء.

والشافعي ﷺ جعلها معلولةً فعدى حكمها إِلَى غيرها من المسكرات وَذَلِكَ غلطٌ لِأَنَّهُ خالف السنة، فَإِنَّهُ علل بتعدية الاسم والتعدية للأحكام دون الأسماء، ولأنَّ جواز التعدية مع تفاوت المعاني واختلافَها فِي الحكم الَّذِي لَا يحتمل هَذَا التفاوت فَكَانَ غلطاً.

وَأَمَّا الرابع: فَإِنَّهَا نجسةٌ كالبول والدم لما قلنا أَنَّها سميت رجساً.

وَأَمَّا الخامس: فَإِنَّهُ يكفر مستحلها لما بينا أَنَّهُ خالف الْكِتَاب والسنة والإجماع.

وَأَمَّا السادس: فإنَّ صاحب الشرع أهانها فجعلها رجساً مثل البول والدم فَصَارَ من ضرورته أن يُبطل تقويمها، والبيع يبتني عَلَى التقويم، وَكَذَلِكَ الضمان يبتني عَلَى المالية المتقومة وَلَمْ يوجد.

وَأَمَّا السابع: فَلَمَّا قلنا أَنَّهُ لما كَانَ رجساً نجس العين حرم الانتفاع بِهِ.

أَلَا تَرَى إِلَى قولَهُ تَعَالَى: ﴿فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠].

وَأَمَّا الحد وَهُوَ الثامن: فَقَدْ جاءت السنَّة عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: (مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ)(٢).

---

(١) رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ٢١٤٧٥/ .

(٢) رواه أبو داود برقم/ ٤٤٨٧/ ، والترمذي برقم/ ١٤٤٤/ ، والنسائي برقم/ ٥١٧١/ ، وابن حبان برقم/ ٤٤٤٥/ ، والحاكم فِي المستدرك برقم/ ٨١١٤/ وَقَالَ هَذَا حديث صحيح عَلَى شرط الشيخين وَلَمْ يخرجاه.

وأجمعت عَلَيْهِ الصحابة ﷺ، وَهُوَ ثمانون جلدةً عندنا، ومن النَّاس من جعله أَرْبَعِينَ، وأخذ بِهِ الشافعي ﷺ.

وَأَمَّا التاسع: فلأنَّ الطبخ فِي الشرع للمنع فَلَا يصلح للإبطال قياساً.

أَلَا تَرَى أَنَّ الطبخ إِنَّمَا يعمل بأثره وَلَا أثر لَهُ فِي هَذَا؟

وَأَمَّا العاشر: فإنَّ تخليلها مباح عندنا أنواعه، وَقَدْ خالفَنا الشافعيُّ ﷺ وَهِيَ مشهورةٌ.

قَالَ: والسكر عندنا حرامٌ مكروهٌ، ومن النَّاس من أباح السكر وَهِيَ النيء من ماء الرطب من النبيذ وغيره إِذَا صَارَ مسكراً.

واحتجوا بقول الله تَعَالَى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧]، ذكره امتناناً فأوجب إباحته.

وَاحْتَجَّ بحديث ابن عباس ﷺ الَّذِي رويناه آنفاً.

وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ بإجماع الصحابة ﷺ عَلَى ذَلِكَ، روي ذَلِكَ عن ابن مسعود وابن عمر وغيرهما ﷺ.

قَالَ ابن مسعود ﷺ وَقَدْ سُئِل عن التداوي بالسكر، قَالَ: (إِنَّ اللهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ)(١).

وَقَالَ ابن عمر ﷺ فِي ذَلِكَ: هِيَ الخمر لَيْسَ لَهَا كنية، وَلِأَنَّهُ أشبهَ الخمر شبهاً غالباً فوجب الاحتياط مِنْهُ.

---

(١) رواه أحمد فِي كِتَاب الأشربة برقم/ ١٥٧/ مرفوعاً إِلَى النبي ﷺ.

والآية نُسخت بآية تحريم الخمر فِي منزل الاحتياط، وحديث ابن عباس ﵄ محمولٌ عَلَى التحريم المطلق الكامل.

[مطلب: في نقيع الزبيب إذا اشتد وغلى]

قَالَ: [ونقيع الزبيب][1] إِذَا اشتد وغلى مكروهٌ، وَهَذَا أَيْضاً عَلَى ذَلِكَ الاختلاف الَّذِي قلنا.

ونقيع الزبيب اسمٌ لنبيذ الزبيب إِذَا لَمْ يُطبخ حَتَّى اشتد.

قَالَ: والطلاء ما زَادَ عَلَى ما ذهب ثلثاه فَهُوَ مكروهٌ وَهُوَ الباذق والمنصّف من ماء العنب إِذَا طبخ حَتَّى ذهب مِنْهُ ما دون الثلثين، وَذَلِكَ حرامٌ أَيْضاً بِمَنْزِلَةِ السكر، وأحكام هَذِهِ الأشربة تنقسم انقسام أحكام الخمر لكنَّها تفارق الخمر فِي بعض الوجوه.

أَمَّا فِي التحريم فإنَّ الخمر حرمت بالنَّص حرمة كاملة، وهذه حرمت احتياطاً حرمةً قاصرةً، حَتَّى يُكْفَرُ مُستحلُّ الخمر ويُضلل مستحل هَذِهِ الجملة وَلَا يُكْفَر.

ويحدُّ شارب قطرة من الخمر، وَلَا يحدُّ شارب هَذِهِ الأشربة حَتَّى يسكر.

ويجوز بيع هَذِهِ الأشربة ويضمن متلفها عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وعندهما لَا يَجُوزُ بيعها وَلَا يضمن متلفها، وَهِيَ فِي النجاسة مثل الخمر وَلَا يُنتفع بِهَا أَيْضاً بوجهٍ من الوجوه، قَالَ: وَمَا سوى ذَلِكَ من الأشربة فَلَا بَأْسَ بِهِ.

وَهَذَا الجواب عَلَى هَذَا العموم، والبيان لَا يوجد فِي غَيْرِ هَذَا الْكِتَاب.

---

(١) فِي ب

وَهَذَا نص عَلَى أنَّ ما يُتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلالٌ فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، حَتَّى أنَّ الحد لَا يجب وَإِنَ سكر مِنْهُ فِي قولَهُ.

وروي عن محمد ﷺ أنَّ ذَلِكَ حرامٌ، يجب الحدُّ بالسكر مِنْهُ، وَكَذَلِكَ السكران مِنْهُ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَمْ يقع عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ بِمَنْزِلَةِ طلاق النائم والمغمى عَلَيْهِ.

وعند محمد ﷺ يقع بِمَنْزِلَةِ طلاق السكران من الأشربة المحرمة.

وَأَمَّا الطلاء المطبوخ الَّذِي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه ثُمَّ رقَّ بالماء ثُمَّ اشتد فَهُوَ حلالٌ فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: هُوَ مكروهٌ، وأجمعوا عَلَى أَنَّهُ لو سكر مِنْهُ يجب الحدُّ.

[مطلب: في طلاق وبيع السكران]

وأنَّ طلاق السكران مِنْهُ وبيعه وإقراره جائزٌ، فهذا حلالٌ بشرط أن لَا يسكر.

والذي ذكرناه عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ حلالٌ مطلقٌ، والسكر مِنْهُ عنده بِمَنْزِلَةِ السكر من البنج ولبن الرِماك(١) أَنَّهُ يمنع وقوع الطلاق والعتاق والبيع والإقرار بِالْإِجْمَاعِ، فَكَذَلِكَ هَذَا عنده.

فأمَّا المثلث من ماء العنب فحلال بشرط أن لَا يسكر، وَكَذَلِكَ المطبوخ أدنى طبخة من نبيذ التمر ونبيذ الزبيب هُوَ مثل المثلث من عصير العنب.

وَقَالَ الشافعي ﷺ: كلُّ مسكر من الأشربة كلها حرامٌ مثل الخمر.

(١) الرمكة: الفرس، وتجمع عَلَى رماك.

وَاحْتَجَّ هؤلاء بحديث عَائِشَـة ﵂ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (مَا أَسْـكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ)(١).

وَفِي رواية: (فَالْجُرْعَةُ مِنْهُ حَرَامٌ، والبضعةُ مِنْهُ حَرَامٌ)(٢).

وصح فِي الحديث أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ)(٣).

وَفِي حديث عمر ﵁ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (إِنَّ مِنَ الْعِنَبِ خَمْرًا، وَإِنَّ مِنَ التَّمْرِ خَمْرًا، ثُمَّ ذكر الحنطة والشعير والعسل)(٤).

وَاحْتَـجَّ أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُـفَ ﵏ بحديث ابن عمر ﵄ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ (أُتي بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته، ثُمَّ دعا بماء فصب عَلَيْهِ وشرب مِنْهُ)(٥).

ذكره الطَّحَاوِيُّ ﵀ فِي شرح الآثار، وَهَذَا المذهب معروفٌ عن عمر ﵁ أَنَّهُ كَانَ يشـرب الشراب الشـديد فَوْق طعامه، ويشرب أعرابي من سطيحة عمر ﵁، والسطيحة فَوْق الأداوة دون المزادة فسكر الأعرابي فحبسه عمر ﵁ حَتَّى صحا، ثُمَّ أراد أن يحده فاعتذر إِلَيْهِ أَنَّهُ شـرب من سطحته أي من شرابه الَّذِي كَانَ يشربه، فَقَالَ: إِنَّمَا أحدك لسكرك فحده.

---

(١) رواه أبو داود برقم/ ٣٦٨٣/، وابن ماجه برقم/ ٣٣٩٣/، والترمذي برقم/ ١٨٥٦/، والنسائي برقم/ ٥١١/، وغيرهم.

(٢) رواه الدارقطني بلفظ (ما أسكر الفرق فالجرعة مِنْهُ حرام) برقم/ ٥٣/.

(٣) متفق عَلَيْهِ رواه البخاري برقم/ ٤٠٧٨/، ومسلم برقم/ ٥٣٣٢/، وغيرهما.

(٤) رواه أبو داود بلفظ (إنَّ منَ العنبِ خمرا وإنَّ منَ التّمرِ خمرا وإنَّ منَ العسلِ خمرا وإنَّ منَ البرّ خمرا وإنَّ منَ الشّعيرِ خمرا) برقم/ ٣٦٧٨/.

(٥) رواه ابن أبي شيبة برقم/ ٢٤٣٣٩/ بلفظ قريب.

وعـن علـيٍّ رضي الله عنه أَنَّهُ أضاف قوماً فسـقاهم فسـكر بعضهم مِنْهُ فحـده، فَقَالَ الرَّجُل: تسقيني ثُمَّ تحدني، فَقَالَ عليٌّ رضي الله عنه: (إِنَّمَا أحدك للسكر).

وروي هَذَا المذهب عن ابن عمر وابن عباس وغيرهما رضي الله عنهم.

والجواب أنَّ يحيى بن معين[1] ردَّ هَذِهِ الأحاديث.

ولأنَّ حقيقة السـكر الَّذِي يوجد ذَلِكَ عنده شـربه وَهُوَ القـدح الأخير وَهُوَ حرامٌ عندنا قليله وكثيره، وَإِذا ثبت حقيقته بطل مجازه.

والجواب عن الحديث الآخر أَنَّهُ سماه خمراً وَلَمْ يحرمه، ويحتمل أن يحمل

---

(١) يحيى بنُ معينِ أبو زكريَا المريُّ مَوْلَاهُم، هوَ: الإمامُ، الحافظُ، الجهبذُ، شـيخُ المحدِثينَ، الثقة إمام الجرح والتعديل، أبو زكريَا يحيى بنُ معينِ، بنِ عونِ بنِ زيادِ بنِ بسـطامَ، وقيلَ: اسمُ جدِهِ: غياثُ بنُ زيادِ بنِ عونِ بنِ بسطامَ الغطفانيُّ، ثمَّ المريُّ مَوْلَاهُمْ، البغداديُّ، أحدُ الأعلامِ.

ولدَ: سنةَ ثمانٍ وخمسينَ وَمِائَة، أصله منْ الأنبارِ قدمَ دمشقَ فسمعَ بِهَا منْ أبي مسهر وسمعَ منِ: ابنِ المباركِ، وهشـيمٍ، وإسماعيلَ بنِ عيَاشٍ، وإسماعيلَ بنِ مجالدِ بنِ سعيدٍ، وسـفيانَ بنِ عيينةَ، وغندرٍ، وعبدِ الرَزَاقِ، وعيسى بنِ يونسَ، ووكيعٍ، ومعنٍ، وأبي حفصٍ الأبَارِ، ويحيى القطَانِ، وخلقٍ كثيرٍ بالعراقِ والحجازِ والجزيرةِ والشَامِ ومصرَ.

روى عنـهُ: أحمدُ بنُ حنبلٍ، وأبو خيثمةَ، وهنَادُ بنُ السَـريِّ، وعـدَةٌ منْ أقرانهِ، والبخاريُّ، ومسـلمٌ، وأبـو داودَ، وعبَاسٌ الـدُوريُّ، وأبو بكـرٍ الصَاغانيُّ، وعبدُ الخالـقِ بنُ منصورٍ، وعثمانُ بنُ سعيدٍ الدَارميُّ، وأبو زرعةَ، وأبو حاتمٍ، وأحمدُ بنُ أبي خيثمةَ، وأبو بكرٍ أحمدُ بنُ عليٍّ المروزيُّ، وأبو معينٍ الحسينُ بنُ الحسنِ الرَازيُّ، ومحمَدُ بنُ عثمانَ بنِ أبي شيبةَ، وأبو زرعةَ النَصريُّ، وموسى بنُ هارونَ، وأبو يعلى الموصليُّ، وأحمدُ بنُ الحسنِ بنُ عبدِ الجبَارِ الصُوفيُّ، وخلائقُ.

قَالَ الإمام أحمد: كل حديث لَا يعرفه ابن معين فَلَيْسَ بحديث.

مات سنة ٢٣٦. تهذيب التهذيب ٤/ ١٧١، وسير أعلام النبلاء ١١/ ٧١

ذَلِكَ عَلَى قوم اعتادوا ذَلِكَ، فَصَارَ ذَلِكَ شراباً لهم لازماً يتلهون بِهِ، فإِنْ كَانَ كَذَلِكَ كَانَ بِمَنْزِلَةِ سائر الأشربة حينئذٍ فِي الحرمة عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَيْضاً.

قَالَ: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: ما كَانَ يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام من الأشربة فإِنِّي أكرهه.

معناه أَنَّ الشراب من الأنبذة إِذَا لَمْ يحمض فِي أوانه دلَّ ذَلِكَ عَلَى شدته، وأَنَّه صَارَ مسكراً حراماً.

قَالَ: لِأَنَّ الشراب يفسد فِي العادة، وَكَذَلِكَ الخمر إِلَّا أن يتناهى فِي القوة والشدة ثُمَّ يسكر فَلَا يفسد فَصَارَ ذَلِكَ عنده آية حرمته.

وروي فِي ذَلِكَ عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: (كُلُّ نَبِيذٍ يَفْسُدُ عِنْدَ إِبَّانِهِ[1]، فَهُوَ نَبِيذٌ، وَلَا بَأْسَ بِهِ، وَكُلُّ نَبِيذٍ يَزْدَادُ جَوْرُهُ عَلَى طُولِ التَّرْكِ، فَلَا خَيْرَ فِيهِ)[2].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا بَأْسَ بهذا كله، لِأَنَّ الحرمة متعلقةٌ باسم الخمرية، وَذَلِكَ لَا يثبت فِي النبيذ حَتَّى يشتد، فَإِذَا لَمْ تُعرف شدته لَمْ يجب تحريمه بالظن والحزر.

وحديث ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا محمولٌ عَلَى ما إِذَا اشتد ثُمَّ لَمْ يفسد وَلَا خير فِي النيء مِنْهُ إِذَا اشتد.

ورجع أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ إِلَى قولَهُما.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي درديّ[3] الخمر أَنَّهُ يكره شربه، وَأَنْ تمتشط

(١) فِي الأصل: أوانه

(٢) أورده السرخسي فِي المبسوط ج٢٤ ص١٥

(٣) الدردي: ما رسب فِي أسفل الإناء.

بِهِ [الْمَرْأَة][١]، وَلَا يجب الحد عَلَى من شـربه إِلَّا أن يسـكر فيحد، أَمَّا حرمته فَلاَ تُشكل لِأَنَّ فِيهِ أجزاء الخمر، وَكَذَلِكَ الانتفاع بِهِ بالامتشاط وغيره حرامٌ لِأَنَّهُ نجسٌ بأجزاء الخمر، وَلَا حدَّ عَلَى شاربه عندنا.

وعند الشافعي ﵀: يجب الحدُّ لِأَنَّهُ قَدْ شرب حراماً من الخمر.

وأصحابنـا قالوا: أَنَّهُ ناقصٌ فَلَا يجب الحدُّ بشـربه، كما فِـي غَيْرِ الخمر من الأشـربة، ونقصان هَذَا فوق نقصان سائر الأشـربة، وَلَهُذا لَا يجتمع عَلَيْهِ الفساق فِي العادة.

وَإِذا سكر مِنْهُ وجب الحدُّ لِأَنَّ الناقص والكامل فِي السكر سواءٌ إِذَا كَانَ من جنس ما يُتلهى بِهِ.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: فِي اليهودية أَوْ النصرانية تحت مجوسي تلد مِنْهُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَهْل الْكِتَاب عَلَى[٢] ذبيحته ومناكحته للمسلمين.

وَإِذا كَانَ أحد أبويه مسـلماً فَهُوَ مسـلم، وأصله أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (الْإِسْـلَام يَعْلُو وَلا يُعْلَى)[٣].

فَـإِذَا اجتمع الْإِسْـلَام وغيره غلب الْإِسْـلَام [عَلَيْهِ][٤] بِكُلِّ حَـالٍ، وَإِذا كَانَ أحدهما كتابياً والآخر مجوسـياً فالولـد عَلَى دين أَهْل الْكِتَـاب لِأَنَّ أَهْل الْكِتَاب أقرب إِلَى الْإِسْلَام.

---

(١) فِي ب

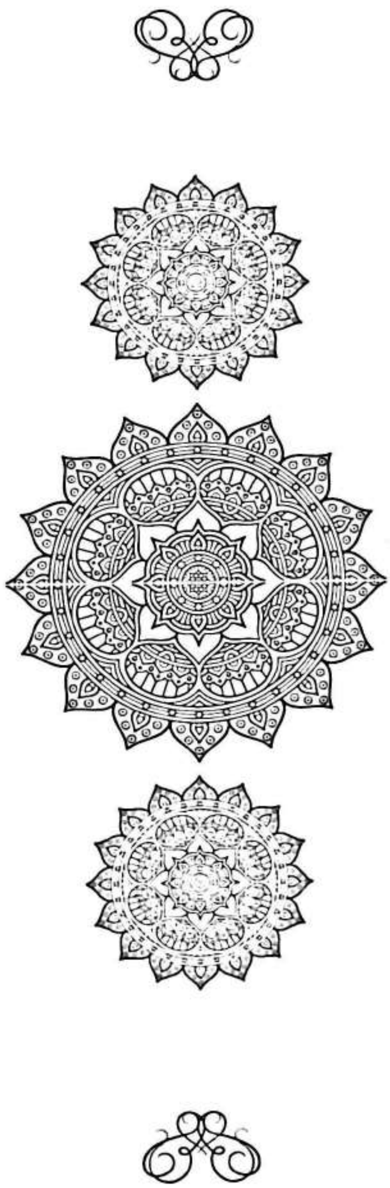
(٢) فِي ب: تحل

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) فِي ب

أَلَا تَرَى أَنَّهُ تحل ذبائحهم وتحل مناكحتهم، فهذا تفسـير قربهم، فَلَمَّا وجب فِي الْإِسْلَامِ إعلاؤه وجب ذَلِكَ فِي شبهته أَيْضَاً.

٣٨- كِتَابُ الصَّيْدِ



ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ ثَلَاثَة فصولٍ:

١٠٧٤- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَعَالَى، فِي كَلْبٍ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ وَسَمَّى فَذَهَبَ ثُمَّ زَجَرَهُ مَجُوسِيٌّ فَانْزَجَرَ بِزَجْرِهِ فَقَتَلَ الصَّيدَ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ.

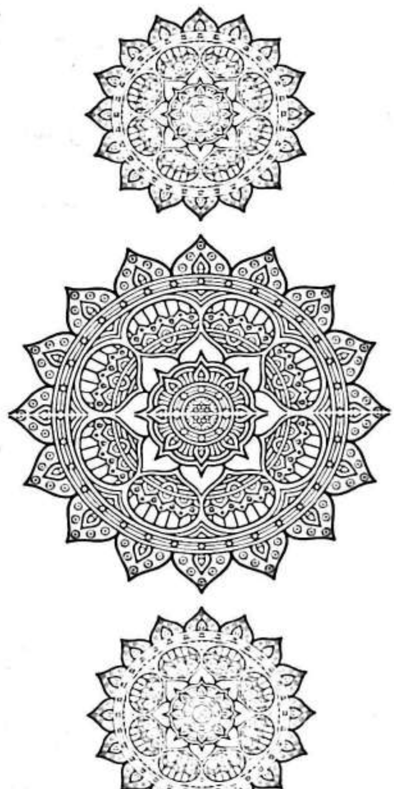
[الْأَوَّل](١) لِأَنَّ الانزجـار عقيب الزجر طاعةٌ من طريق الدلالة، وَقَدْ وجد ما هُوَ فِي حكم الصريح وَهُوَ طاعته عقيب الإرسال، والدلالة عند التصريح لغوٌ، فَلَمْ يعتبر شبهه فَلَا يكره.

والثاني: أن يرسله مجوسيٌّ فيذهب ثُمَّ يزجره مسلمٌ وسمّى فينزجر فيقتله أَنَّهُ لَا يأكله، وَهَذَا لَا يُشكل لِأَنَّ الشبهة لما لَمْ تعتبر فِي التحريم ففي الإباحة أولى، وَلِأَنَّهُ لو شاركه بمثل فعله حرّم الصيدَ عَلَيْهِ، فَإِذَا أعانه بِمَا لَيْسَ من جنس فعله وَلَا مثله فالتحريم بِهِ أولى.

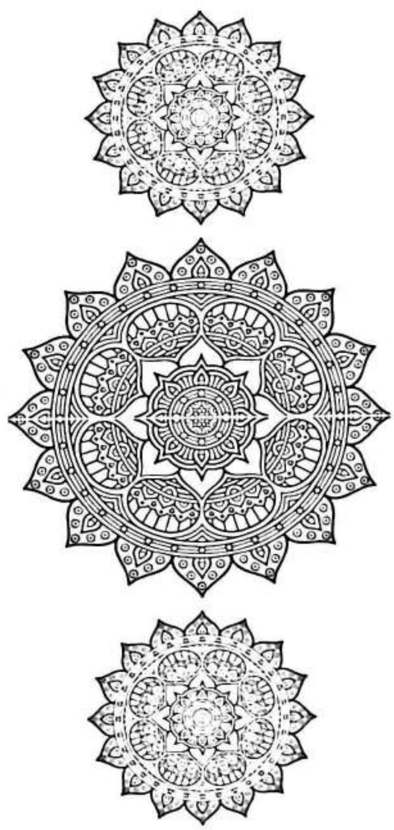
والثالث: أَنْ يَكُونَ الكلب منفلتاً فيزجره مسلمٌ فينزجر بزجره فيقتله أَنَّهُ يحل، لِأَنَّ الدلالـة وجدت ههنا مفردة لَا يعارضهـا صريح، فوجب العمل بِهَا وَلَمْ يُعتبر الانفلات شبهة لِأَنَّهُ عَدَمٌ(٢) فِي حكم الشرع، والعدم لَيْسَ بِشَيْءٍ فَلَا يصح معارِضاً وَلَا شبهة لِأَنَّهُ أمرٌ يختص بالعلل.

(١) الإضافة مني.

(٢) فِي ب: عدم عَلَيْهِ



٣٩- كِتَابُ الرَّهْنِ



١٠٧٥- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: الرَّهْنُ بِالدَّرَكِ بَاطِلٌ، وَفَرَقَّ بَيْنَهُ وَبَينَ الْكَفَالَة بِالدَّرَكِ أَنَّهَا جَائِزَةٌ.

وتفسيره: رجلٌ بَاعَ سلعةً وقبض ثمنها وسلمها، وخاف الْمُشْتَرِي الاستحقاق فأخذه بالثمن رَهْنَاً قبل الدرك، فَإِنَّهُ باطلٌ حَتَّى لَا يَمْلِك حبس الرهن حل الدرك أَوْ لَمْ يحُل، وَإِذا هَلَكَ الرهن عنده كَانَ أمانة حل الدرك أَوْ لَمْ يحل.

والفرق أنَّ الرهن مشروعٌ للاستيفاء، وَلَا استيفاء إِلَّا فِي الموجود، لأنَّ الموجود الواجب هُوَ الَّذِي يُستوفى فَلَمْ يحتمل الإضافة والتعليق بالحضر.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو رهن مَالاً عند رجلٍ بِمَا يذوب لَهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ باطلٌ، فأمَّا الْكَفَالَة فلتأكيد الوجوب، فأشبه ابتداء الإيجاب بِغَيْرِ عوض، وَذَلِكَ فِي الشرع يحتمل التعليق بالحضر، والإضافة كإيجاب الصدقات والنفقات وَمَا أشبه ذَلِكَ فاحتملت الْكَفَالَة ضرباً من الخطر، وَلِذَلِكَ صحت الْكَفَالَة بِمَا يذوب وَمَا أشبه ذَلِكَ فَكَذَلِكَ ههنا.

قَالَ: وكل شيءٍ رَهَنَه فَلَا يكون رَهْنَاً حَتَّى يقبض لِأَنَّ الله تَعَالَى قَالَ: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ولأنَّ الرهن يوجب زيادةَ وثيقة فِي الحال بِغَيْرِ عوضٍ فَكَانَ نظير التبرعات فَلَمْ يتم إِلَّا بالقبض، ثُمَّ بعد القبض يثبت حكم العقد وَهُوَ ملك يد الاستيفاء.

١٠٧٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ رَهَنَ عَصِيراً يُسَاوِي

عَـشْرَة دَرَاهِمَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ لِلمُرْتهِن عَلَى الرَّاهِنِ فَصَارَ خَمْرَاً عِنْدَ المُرْتَهِنِ ثُمَّ صَارَ خلًا يُسَاوِي عَشْرَة دَرَاهِمَ. قَالَ: فَهُوَ رَهْنٌ بِالعَشْرَةِ.

وجـه ذَلِكَ أَنَّ عقد الرهن لَمْ يبطل بالتخمر لِأَنَّ ما صلح للبيع صلح للرهن، والخمر لَا يصلح لابتداء البيع ويصلح لبقائه.

فـإن بَاعَ عصيراً فَصَارَ خمـراً فِي يَدِ البَائِع لَمْ ينتقضِ البيعُ، فَلَمْ يحتمل ابتداء الرهن واحتمل بقاؤه، فَإِذَا صَارَ خلًا فَقَدْ زال العارض قبل قرار حكمه، لِأَنَّ العقد لَمْ ينتقض، فجُعل كَانَ لَمْ يَكُنْ كالمبيع الَّذِي قلنا إِذَا صَارَ خلًا.

وكالمرتد إِذَا لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ -نعوذ بالله- وَقَدْ بَاعَ واشْتَرَى ثُمَّ عاد مسلماً قبل حكم القَاضِي أَنَّ ذَلِكَ كله جائزٌ، فَكَذَلِكَ ههنا.

والدليل عَلَيْهِ: أَنَّ الرهن وَإِنَ صَارَ فِي حكم الهلاك فَقَدْ تأكد العقد لِأَنَّهُ صَارَ مسـتوفياً فبقي العقد فصح عـود حكمه، [قَالَ][1] وَكَذَلِكَ الشـاةُ الرهنُ إِذَا مَاتَت وَهِيَ رهن بعشـرة وَهِيَ تُسَاوِي عَشْرَة فدبغ جلدها فَصَارَ يساوي درهماً فَهُوَ رهن للدرهـم، لما ذكرنا أَنَّ الشـاة لما مَاتَت لَـمْ يبطل عقد الرهـن لِأَنَّ المرتهن صَارَ مستوفياً وبالاستيفاء يتأكد عقد الرهن.

فَـإِذَا عادت الماليـة بالدباغ صادفت عقـداً قائماً فيثبت فِيهِ حكمه بقسـطه، بخـلاف البيـع فإنهم قالوا فِي الشـاة المبيعة إِذَا مَاتَت قبل القبـض ثُمَّ دُبغ جلدها أَنَّ البيع لَا يعود، وَلَا نص فِيهِ، لِأَنَّ الشـاة لما مَاتَت فَقَدْ انتقض البيع وَلَا عود بعد الانتقاض بخلاف الرهن لما قلنا.

ومن مشايخنا ﷺ من قَالَ فِي البَيْعِ: أَنَّهُ يعود.

---

(١) فِي ب

١٠٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ رَهَنَ رَجُلاً أَمَةً تُسَـاوِي أَلْفاً بِأَلْـفٍ فَمَاتَت عِنْدَ المُرْتهِنِ. قَالَ: لَا يَرْجِـع المُرْتهن بِمَالِهِ، وَقَدْ بَطَلَ الرَّهْنُ وَكَذَلِكَ الرَّهْنُ بِالسلَمِ، إِذَا هَلَكَ يَبْطُلُ [عَقْدُ][1] السَّلَمِ.

وَهَذَا قولنا.

وَقَـالَ الشـافعي رحمه الله: لَا يبطل الدَّين ويرجـع بِهِ المرتهـن عَلَى الراهن، وَاحْتَجَّ بأنَّ بطلان الدَّين ينافي حكم الرهن وَمَا ينافي العقد لَمْ يصلح أَنْ يَكُونَ حكماً لَهُ.

وَإِنَّمَـا قلنا هَـذَا لِأَنَّ الرهن [شـرع][2] للتوثيق والتأكيد والثـوى[3]، والترك والبطلان ينافيه.

وَاحْتَـجَّ أصحابنا رحمهم الله بِمَا روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ ارتهن فرسـاً بدينٍ لَهُ فَهَلَكَ عنده فَقَالَ النبي ﷺ: (ذَهَبَ حقُّكَ)[4].

واحتجوا أَيْضاً بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وإجماع السـلف عَلَى ما بينًا فِي كِتَاب الرهن، ولأنَّ الرهن للاستيفاء بِالْإِجْمَاعِ حَتَّى لَا يصحُ رهن مَا لَا يصلح للاستيفاء.

فَإِذَا عُقد العقد لحكم وتم العقد وتأكد بالتسليم ثُمَّ هَلَكَ وجب القول بتأكد

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) الثوى: البقاء.

(٤) رواه ابن أبي شيبة برقم/ ٢٣٢٣٣/ ، والبيهقي فِي الصغرى برقم/ ٢٠٢٤/ .

حقه[1]، كالبيع فِي سائر العقود، وَإِذا تأكد العقد تأكد حكمه وَهُوَ الاستيفاء بضمان العين الواجب بالقبض.

وَإِنَّمَا وجب الضمان لِأَنَّ الاستيفاء لَا ينفك عن ضمان المقبوض حقاً عَلَى القابض كما لَا ينفك عن ملك المقبوض حقاً لَهُ، وَكَذَلِكَ ما عُقد للاستيفاء لَمْ ينفكَ عن ضمان عَلَى القابض كما لَا ينفك عن ملك يجب لَهُ.

وَإِذا وجب الضمان وجب الاستيفاء بالمقاصَّة، وتبين أَنَّهُ يؤكد حكم العقد وَلَا ينافيه، وَإِذا ثبت هَذَا قلنا: إنَّ الدين عندنا إِنَّمَا يذهب بطريق الاستيفاء.

وَقَالَ زُفَرُ ﵀: بطريق البراءة فِي رواية، وَقَالَ فِي رواية: بطريق الاستبدال.

وجه قولَهُ الْأَوَّل: أنَّ الاستيفاء لَا ينفك عن ملك المستوفي وَلَمْ يَمْلِك المرتهن شَيْئاً من الرهن فبطل القول بِهِ فثبت أَنَّهُ براءة، وَلِهَذا قَالَ: أَنَّهُ لَا يصلح لقبض رأس مال السلم والصرف ولكن ينتقض العقد كما فِي الإبراء، وَفِي السلم يجعل إبراءً أَيْضاً فيبطل السلم عن ذمة المسلَم إِلَيْهِ.

وجه قولَهُ الآخر: ما بينا أنَّ الرهن موضوع للاستيفاء فَلَا بُدَّ من القول بِهِ عند تأكد حكمه، لكنَّا لَمْ نجدِ استيفاء حق الحبس فثبت أَنَّهُ جَعَلَ مستبدلًا.

وَلِهَذا قَالَ عَلَى هَذِهِ الرواية: إنَّ دين السلم لَا يبطل عن المسلَم إِلَيْهِ بهلاك الرهن، وَاحْتَجَّ أصحابنا ﵏ بِمَا قلنا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أنَّ تحقيق حكمه واجبٌ، وَكَذَلِكَ يحصل بضمان الرهن، وَذَلِكَ يجب فِي ذمته فيملكه إِذَا جَعَلَ مِنْهُ مستوفياً.

فأمَّا [قولَهُ][2]: (إنَّ جنس الدَّين لَمْ يوجد) فالجواب عَنْهُ أنَّ ذَلِكَ جائزٌ

(١) فِي ب: حكمه

(٢) فِي ب

باصطـلاح العاقدَيـن، لِأَنَّ الْأَشْـيَاء جعلـت مضمونـة بالنقود تيسـيراً فَـلَا يمنع الاصطلاح عَلَى ما يتفق عَلَيْهِ العاقدان.

١٠٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ رَهَنَ عِنْدَ رَجُلٍ عَبْدَاً يُسَـاوِي أَلْـفَ دِرْهَمٍ بِأَلْفِ دِرْهَم وَأَعْطَاهُ عَبْدَاً آخَرَ يُسَـاوِي أَلْفَاً مَكَانَ الْأَوَّلِ؛ قَـالَ: فَإِنَّ الْأَوَّل رَهْنٌ حَتَّى يَرِدَّهُ عَلَى الرَّاهِـنِ، وَيَجْعَلُ الثَّانِي مَكَانَهُ لِأَنَّ تَمَامَ عَقْد الرَّهْنِ لمَّا كَانَ بِالتَّسْـلِيمِ كَانَ تَمَامُ نَقْضِهِ بِالرَّدِ، فَإِذَا لَمْ يوجد الرَّدُ بَقِي الْأَوَّل رَهْنَاً فِي يَدِهِ.

ومـن ضرورة بقائه أن لَا يثبـت الثَّانِي فبقي أمانة عنده، فَإِذَا ردَّ الْأَوَّل انتقض الرهـن فِيهِ وقام الثَّانِي مقـام الْأَوَّل باعتبار يده عَلَيْهِ، لِأَنَّ يـد الْأَمَانَة تفوت عن يد الرهن، [لِأَنَّ الرهن](١) فِي حق القبض بِمَنْزِلَةِ الهبة.

وَقَالَ فِي الْكِتَاب: وَهُوَ فِي الثَّانِي أمينٌ حَتَّى يجعله مكان الْأَوَّل.

ومن مشايخنا ﷺ من قَالَ: ما لَمْ يقبضه قبضاً مستأنفاً لَمْ يصر مضموناً، لِأَنَّ القبض الْأَوَّل لَمْ يوجب الضمان فَلَا بُدَّ من قبض آخر.

وشُـبِّه هَـذَا برجلٍ لَهُ دينٌ اسـتوفاه زيوفاً ثُمَّ اسـتبدل بِهِ الجيـاد لَكِنَّهُ لَمْ يرد الزيـوف أَنَّهُ لَا يضمن الجياد حَتَّـى يرد الزيوف، فَإِذَا ردها احتـاج إِلَى قبض آخر لضمان الجياد، فَكَذَلِكَ ههنا.

ثُمَّ ذكر مسـألة الزيادة فِي الرهن أَنَّها جائـزةٌ، وَلَوْ كَانَ لَهُ دينٌ آخر فأدخله

---

(١) فِي ب

فِي ذَلِكَ الرهن مع الدين الْأَوَّل لَمْ يَجُزْ، وَهُوَ قول محمد ﷺ أَيْضاً.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: هَذَا جائز أَيْضاً.

وَأَمَّا الزيادة فِي الرهن فباطلٌ فِي القياس، وَهُوَ قول زفر ﷺ.

وَفِي الاستحسان جائزةٌ عندنا، وَهِيَ مثل مسألة الزيادة فِي الثَّمَن والمبيع.

وَأَمَّا الزيادة فِي الدين فَقَدْ أجازها أَبُو يُوسُفَ ﷺ لِأَنَّ الدَّين فِي الرهن كالثمن فِي المبيع لَا يصح الرهن إِلَّا بِهِ، كالبيع لَا يصح إِلَّا بالثمن ثُمَّ استوى المبيع والثمن فِي حكم الزيادة، فَكَذَلِكَ الرهن والدين.

والفرق لأَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ: أَنَّ الزيادة تغيير للعقد، فإِنْ كَانَ العقد يحتمل ذَلِكَ شرعاً صحَّ وإلا فَلَا، وَالرَّهْن يحتمل التغيير الَّذِي يثبت بالزيادة فِيهِ من تفريغ بعض الرهن عن ضمان الدين.

أَلَا تَرَى أَنَّ الرهن إِذَا زَادَ وبقيت الزيادة إِلَى وقت الفكاك أَنَّ الضمان يتحول(١) إِلَيْهِ بقسطه وبتفريغ الأصل؟ فصح مِنْهُمَا أَيْضاً.

فأَمَّا الزيادة فِي الدَّين فتوجب تفريغ بعض الدين [عن شغل الرهن، وَذَلِكَ لَا يحتمله عقد الرهن شرعاً والدليل عَلَيْهِ أَنَّ الثَّمَن أحدُ عوضي البيع](٢)، وَأَمَّا الدين فَلَمْ يجب بعقد الرهن فَلَمْ يصح تغيير العقد بِمَا يضاف إِلَى ما هُوَ أَجْنَبِيّ عن العقد بخلاف الثَّمَن لما قلنا، وبخلاف الرهن [عن ضمان الدَّين](٣) لِأَنَّهُ قُوام العقد.

---

(١) فِي ب: يتعجل.

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

١٠٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ رَهَنَ عَبْدَاً بِأَلْفِ دِرْهَم وَقِيمَتُهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَمَاتَ عِنْدَ المُرْتهنِ ثُمَّ اسْتَحقَّ فَضَمَّنَ مَوْلَاهُ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ. قَالَ: ذَهَبَ العَبْدُ بِالدَّينِ.

وَإِنَ ضمن المرتهِن قيمته رَجَعَ المرتهِن عَلَى الراهن بالقيمة والدين جَمِيْعَاً، أَمَّا إِذَا ضمن الراهن فلأنَّ الراهن غاصب ظهر بالبينة أَنَّهُ كَانَ غاصباً.

فَـإِذَا ضمنه ملكه من وقت الغصب، وغصبه كَانَ قبـل الرهن، فَإِذَا ملكه من يَوْمَئِذٍ صحَّ الرهن بعده فَهَلَكَ مضموناً لَهُ بالدين.

فأمَّـا إِذَا ضمن المرتهن قيمتـه يَرْجِع بِهَا، لِأَنَّ المرتهـن فِي حق عبد الرهن بِمَنْزِلَةِ المودع.

فَـإِذَا رَجَعَ فَقَدْ صَارَ حاصلُ الضمان عَلَى الراهن، فكَانَ يجب أن ينفذ الرهن عَلَـى الراهن كما إِذَا ضمن قيمته ابتداء فَهَلَكَ بالدَّين، فيرجع المرتهن عَلَيْهِ بقيمته لَا بالدين، ولكنَّه فرق بين الانتهاء والابتداء.

وفرَّق بيـن هَذَا وبين المضاربة، قَالَ فِي المضاربـة: إِذَا ضمنه رَبّ الْمَالِ أنَّ عقد المضاربة ينفذ، وَلَوْ ضمنه الْمُضَارِب فيرجع بِهِ عَلَى رَبّ الْمَالِ نفذ أَيْضاً عَلَى رَبّ الْمَالِ.

والفرق بينهمـا أنَّ الأصل أنَّ العقد إِنَّمَا ينفذُ بالملـك بِالْإِجْمَاعِ، وأنما ينفذ بملك سابق عَلَيْهِ لَا بملك متأخر.

أَلَا تَرَى أَنَّ من بَاعَ مال غيره ثُمَّ ملكه بوجه من الوجوه لَمْ ينفذ ذَلِكَ العقد[١]؟ وَقَدْ أمكن تحقيق هَذَا الشرط فِي باب المضاربة فِي الانتهاء من قِبل أنَّ الْمُضَارِب إِنَّمَا يَرْجِع عَلَى رَبِّ الْمَالِ باستعماله إِيَّاهُ، وَذَلِكَ بدفعه إِيَّاهُ لَا بقبضه الْأَوَّل، والدفع حصل بعد عقد المضاربة إِلَّا أنَّ عقد المضاربة جائزٌ غير لازم.

والعقد الَّذِي لَا يلزم يُجعل لدوامه حكم الابتداء، وَلَهُذا بطلت الْوَكَالَة والإذن فِي التِّجَارَةِ بموت الْمَوْلَى والموكل وجنونهما.

وَإِذا جَعَلَ لبقائه حكم الابتداء صَارَ الملك الثابت من حين التسليم إِلَيْهِ سابقاً عَلَيْهِ فِي التقدير، فَلِذَلِكَ صحَّ.

فأمَّا عقد الرهن فلازمٌ، فَلَمْ يكن للدوام[٢] حكم الابتداء.

أَلَا تَرَى أَنَّ عقد الكتابة لَا يبطل بالموت والجنون؟ وَإِذا لَمْ يجعل لَهُ حكم الابتداء لَمْ يَكُنْ الملك سابقاً عَلَى العقد فَلَمْ ينفذ، وبخلاف ما إِذَا ضمن الراهن ابتداء لِأَنَّهُ إنما يضمن ههنا بقبضه السابق لَا بتسليمه، فيصير الملك سابقاً عَلَى العقد فِي المسألتين جَمِيْعَاً.

وَهَذَا فرق عدَّه[٣] مشايخنا رحمهم الله غامضاً مشكلًا، وَقَدْ اتضح بِمَا ذكرنا.

١٠٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ فِي يَدِهِ عبدٌ فَأَقَامَ

---

(١) فِي ب: البيع.

(٢) فِي ب: لدوامه.

(٣) فِي أ: عند مشايخنا غامض مشكل.

رَجُـلُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ رَهَنَـهُ إِيَّاهُ وَقبضَهُ وَأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ أَنَّـهُ رَهَنَهُ إِيَّاهُ وَقَبضِهُ؛ قَالَ: هُوَ بَاطِلٌ كُلُّهُ.

لِأَنَّ المقصـود من البينات الحكـم بِهَا، وَقَدْ تعذر الحكم بِهَا ههنا لأَنَّهما لما استويا وجب القضاء بالتنصيف، ويصير أَنَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا ارتهن كله ثُمَّ استحق عَلَيْهِ النصف شائعاً فيبطل الباقي.

فـإن قيـل: لِمَ لمْ يُجعـل ذَلِكَ كالرهن مـن اثنين فيكون طريقـاً عَلَى العمل بالبينات؟

قلنـا: لِأَنَّ ذَلِكَ خلاف مـا قامت بِهِ الْبَيِّنَة، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أثبت لِنَفْسِـهِ جنساً هُوَ طريقٌ إِلَى مثله من الاستيفاء.

وَلَوْ جعلنـا[ه] كالرهن من اثنين لقضينا لِكُلِّ وَاحِـدٍ مِنْهُمَا بجنسٍ هُوَ طريق إِلَى شـطره من الاسـتيفاء، والحكم بخلاف الحجة باطـلٌ، وتبعيض ذَلِكَ الحكم بِعَيْنِـهِ واجبٌ عند المزاحمة إن أمكن، وَقَـدْ تعذر ههنا فبطل الكل، وَهَذَا كرجلين أقـام كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَا بينةً عَلَى امرأةٍ بِعَيْنِهَا بالنكاح أَنَّـهُ باطلٌ كله، وَكَذَلِكَ أختان أقامتا الْبَيِّنَة عَلَى رجلٍ بالنكاح أَنَّهُ باطلٌ كله لما قلنا.

قَالَ: وَلَوْ كَانَ الراهن قَدْ مَاتَ والعبد فِي أيديهما فَأَقَامَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَة عَلَـى ما قلنا فـإِنَّ القياس أَنَّ ذَلِكَ باطلٌ كله، وَفِي الاستحسـان يقضى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بنصفه رَهْناً ببيعه بحقه، وَهَذَا أَيْضاً قول محمد رحمه الله.

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ رحمه الله: هُـوَ باطلٌ كله أَيْضاً، وَلَمْ يذكر قول أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله ههنا.

وجه قولَهُ: إنَّ الحبس للاستيفاء حكمٌ مقصودٌ بعقد الرهن، فيكون القضاء بِهِ قضاءً بعقد الرهن لَا محالة، والقضاءُ بعقد الرهن عَلَى سبيل الشياع بينهما باطلٌ، وَكَذَلِكَ القضاءُ بحكمه، بخلاف الْبَيِّنَة عَلَى النكاح من رَجُلَيْنِ عَلَى امرأةٍ وَاحِدَة بعد موتها أَنَّهُ صحيحٌ لِأَنَّ الميراث لَيْسَ بمقصودٍ بِهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ شُرع بعد انقضائه؟ فأمَّا هَذَا فمقصودٌ عَلَى ما قلنا.

ووجه الاستحسان وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﵄: أنَّ العقد مطلوبٌ لحكمه، والحكُم بعد الموت لَا يبطل بالشياع والشركة فصح القضاء بالعقد الَّذِي هُوَ سببه.

أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلَيْنِ لو ادَّعَيَا النكاح عَلَى امرأةٍ وَاحِدَة، وأقام كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَة، وَذَلِكَ بعد موتها أَنَّهُ جائزٌ لحكم الميراث بينهما؟

لِأَنَّ الميراث هُوَ المقصود بعد الموت وَهُوَ مالٌ يحتمل الشياع والشركة، فَكَذَلِكَ فِي مسألتنا هَذِهِ المقصودُ بعد موت الراهن استيفاءُ الدين لَا الحبسُ، والشياع لَا يمنع صحة الاستيفاء، وَإِنَّمَا يمنع صحة الحبس.

وفَرْقُ أَبُو يُوسُفَ ﵀ باطل لِأَنَّ الاستيفاء هُوَ المقصود بعقد الرهن فِي الانتهاء، والحبس إِلَيْهِ وسيلة، والحبس فِي الابتداء هُوَ المقصود والاستيفاء لَهُ ثمرة.

وَإِذا تُرك المقصود الأصلي ووجب بطلت الوسيلة وَلَمْ يُنظر إليها كما فِي مسألة النكاح، وَهَذَا لِأَنَّ بطلان العقد بالشياع كَانَ لمعنى فِي الحكم لَا لمعنى فِيهِ، فَإِذَا تبدل المقصود بالسببية بطل الحكم بالفساد.

١٠٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَضَعَ الرَّهْنَ عَلَى يَدَيْـهِ وَأُمِرَ بِبيعِهِ إِذَا حَلَّ الأَجَلُ فَحَـلَّ الأَجَلُ، فَقَالَ: لَا أَبيعُهُ وَالرَّاهِنُ غَائِبٌ. قَالَ: يُجْبَرُ عَلَى بِيعِهِ. قَالَ: وَكَذَلِكَ رَجُلَانِ بَيْنَهُمَا خُصُومَةٌ، فَوَكَّلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ رَجُلاً بخُصُومَتِهِ بِطَلَبِ المُدَّعِي فَطَلَبَ ذَلِكَ المُدَّعِي مِنْهُ قَالَ: لَا أُخَاصِمُ، فَإِنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ[١].

أَمَّا العدل فإنَّما أجبر عَلَى ذَلِكَ لوجهين:

أَحَدهمَا: أَنَّهُ لما شُـرط فِي عقد الرهن صَارَ من أوصافه فأخذ حكمه، فَصَارَ لازماً بلزومه فوجب إيفاء حكمه جبراً، وإِنْ كَانَ التوكيل المفرد لَا يوجب اللزوم.

أَلَا تَـرَى أَنَّ العَبْد المـأذون لَا يؤخذ بضمان المهر حَتَّى يعتق؟ فإن صَارَ تبعاً للشراء أَخَذَ بِهِ فِي الحال إِذَا وطء أمة بِالشِّرَاءِ فاستُحقت.

والثانـي: أنَّ الْوَكَالَة قَدْ صَـارَتْ حقاً للمرتهِن ههنا ليصل بِذَلِكَ إِلَى حقه فِي استيفاء الدين، وَمَا صَارَ وسيلةً إِلَى الواجب فَهُوَ واجب.

وَإِنَّمَـا أُجبر الوكيـل عَلَى الخصومة بهذا الطَّرِيق الثَّانِـي، وَهَذَا الَّذِي قلنا إِذَا كَانَ التعديل وشـرط البيع فِي الرهن شـرطاً فِيهِ، فإن لَمْ يَكُنْ لَكِنَّهُ شرط ذَلِكَ بعد عقد الرهن فَقَدْ اختلف فِيهِ مشايخنا ﷺ.

والطريقة الْأُولَى تدل عَلَى أَنَّهُ لَا يُجبر، والثانية تدل عَلَى الجبر، وَهُوَ الصواب لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ معلولًا بكل وَاحِدَة من العلتين.

---

(١) فِي ب: عَلَى الخصومة

وَقَدْ أطلق وضع المسـألة فِي هَذَا الْكِتَاب فدلَّ ذَلِـكَ عَلَى أنَّ الْوَجْهَيْنِ عَلَى السواء، ودلت مسألة الْوَكَالَة فِي الخصومة عَلَى ذَلِكَ أَيْضاً لِأَنَّهَا لَا تخرج إِلَّا عَلَى طريقة الثانية.

١٠٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ اشْـتَرَى مِنْ رَجُلٍ شَيْئاً بِدَرَاهِمَ، فَقَالَ الْمُشْتَرِي لِلبَائِعِ: أَمْسِكْ هَذَا الثوبَ حَتَّى أُعْطِيكَ حَقَّكَ.

قَـالَ: هَذَا رهنٌ، لِأَنَّ هَذَا كلام يؤدي معنى الرهن وحقيقته، لِأَنَّ حكم الرهن وَهُوَ الإمساك الدائم إِلَى وقت الفكاك بأداء الحق.

فَـإِذَا صرح بحكمه كَانَ بِمَنْزِلَةِ التكلم بصيغتـه، كرجلٍ قَالَ لِرَجُلٍ: (ملكتك عَبْدِي هَذَا بِأَلْفِ دِرْهَم) أَنَّهُ يكون بيعاً لما قلنا.

والفقـه فِيهِ أنَّ العبرة للمعاني، فَكَذَلِكَ ههنـا، وَكَذَلِكَ أَمَرَ العقود كلها مبنيٌّ عَلَى هَذَا.

١٠٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ عَلَيْهِ مالٌ فَرَهَنَ بِهِ عَبْدَاً لابْنٍ لَهُ صَغِيرٌ؛ قَالَ: جَائِزٌ، لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ اسْتَوْفَى مَعْنَى الوِلَايَةِ وَالنَّظَرِ.

أَمَّـا الولاية: فلأنَّ عين الرهـن بِمَنْزِلَةِ الوديعة عنـد المرتهن ومحفوظٌ بيده، والإيداع داخل فِي ولايته فَكَذَلِكَ ههنا.

وَأَمَّـا النظـر: فلأنَّه جعله مضمونـاً عَلَى الحافـظ، وَلَوْ جعلـه محفوظاً غير مضمونٍ صحَّ فلأن يصح هَذَا اولى، فيبقى بعد هَذَا انَّهُ صرفه إِلَى دينه، وَذَلِكَ جائزٌ

لِأَنَّهُ لو كَانَ لابنه الصَّغِير دَرَاهِمَ فقضى الأب بِهَا دينه جَازَ.

والمعنـى فِيـهِ ما قلنا من النظر أَنَّـهُ إِذَا صرفه إِلَـى دَينه فَكَأَنَّهُ اشْـتَرَاهُ بمثله، ويملكه بضمانه وَذَلِكَ داخلٌ فِي ولايته، وبذلك وجب القول بصحته.

١٠٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَم فَرَهَنَهُ بِهَا جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفَ دِرْهَم، وَوَكَّلَ إِنْسَاناً بِبيعِهَا إِذَا حَلَّ الأَجَلُ فمَاتَ الرَّاهِنُ، أَيَكُونُ الوَكِيلُ عَلَى وَكَالتِهِ؟؛ قَالَ: نَعَمْ، وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ المُرتهِنُ مَثَـلًا. وَلَوْ مَاتَ الوَكِيلُ انْتَقَضَـتْ الْوَكَالَةُ وَلَمْ يَكُنْ لِلمُرْتهـنِ أَنْ يَبِيعَهَا إِلَّا بِرِضَاءِ الرَّاهِنِ.

وهذه مثال المسـألة الَّتِي سـبقت أَنَّ التوكيل بِالْبَيْعِ مَتَى جَعَلَ شرطاً فِي عقد الرهن صَارَ لازماً تبعاً للرهن، حَتَّى وجب الرهن عَلَيْهِ عَلَى ما ذكرنا[1].

فَـإِذَا لزم لَهُ[2] لَمْ ينعزل بموت الراهن وَلَا بموت المرتهِن وَلَا بموتهما، كما لَا يبطـل الرهن، فأَمَّا إِذَا مَاتَ الوكيل انتقضت الْوَكَالَة لِأَنَّ الموكِّل لَمْ يرض برأي غيره، فَلَمْ يقم غيره مقامه فَلَا بُدَّ من بطلانه.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الْوَكَالَـة حـق عَلَـى الوكيل[3]؟ فَـلَا تورث عَنْـهُ فوجب القول ببطلانها، وَلَمْ يرض بِبَيْعِ المرتهن فَلَمْ يجز بيعه إِلَّا برضاء الراهن.

---

(١) فِي ب: حَتَّى وجب عَلَيْهِ جبره عَلَى ما قلنا.

(٢) فِي ب: وَإِذا عزل لَمْ ينعزل.

(٣) فِي ب: الموكل.

١٠٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ رَهَنَ عَبْدَاً قِيمتُهُ أَلْفَ دِرْهَم بِأَلْفٍ إِلَى أَجَلٍ، فَنَقَصَ سِعْرُهُ فَصَارَ يُسَاوِي مِائَةً، فَقَتَلَهُ رَجُلٌ فَغَرِمَ قِيمَتَهُ ثُمَّ حَلَّ الْمَالُ؛ قَالَ: يَأْخُذُ المُرْتهِنُ المِائَةَ لِحَقِّهِ، وَلَا يَرْجِعُ بِالتِسعِمِائَةِ عَلَى الرَّاهِنِ.

هَذَا فصل.

ثُمَّ ذكر مسألة البيع إِذَا أَمَرَ الراهن المرتهن ببيعه إِذَا حل الأجل، فَلَمَّا حلَّ الأجل بَاعَهُ بمائة.

والمسألة بحالها فَإِنَّهُ يقبضها بحقه ويرجع عَلَى الراهن بالتسعمائة.

والفصل الثالث: إِذَا قتله عبدٌ فدُفع بِهِ افتكه الراهن بجميع الألف، وَلَا خلاف فِي الفصلين الأولين.

أَمَّا الْأَوَّل: فلأنَّه لمَّا قتله حرٌ يغرم مائة دِرْهَم لَمْ يبق بالمائة إِلَّا ضمان المائة لِأَنَّ استيفاء المائة لَا يصح إِلَّا بمثلها فَصَارَ الفصل عَلَى المائة ثاوياً[1] فِي ضمان المرتهن فَصَارَ هالكاً بالدين، فأَمَّا إِذَا بَاعَهُ بمائة صحَّ.

أَمَّا إِذَا كَانَ موضوع المسألة أنَّ سعره تراجع إِلَى مائة فَلَا يُشكل، لِأَنَّهُ بَاعَهُ بمثل قيمته فصح بِالْإِجْمَاعِ.

وإِنْ كَانَ موضوع المسألة أَنَّهُ لَمْ ينقص صحَّ البيع أَيْضَاً عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وصح عندهما إِنْ كَانَ قَالَ لَهُ: بع بِمَا شئت.

---

(١) ثاوياً: باقياً

وَإِذا صحَّ البيع صَارَ المرتهن وكيل [الثالث][(١)] الراهن فَصَارَ بيعه كبيعه، وصارت يده كيده فَصَارَ ما هَلَكَ عَلَيْهِ كأنَّه أخذه بإذن المرتهن فَبَاعَهُ بإذنه.

وَأَمَّا الفصل الثالث: فإنَّ العَبْد إِذَا قتله فدُفع بِهِ وقيمته مائة، فحضر الراهن افتكه بالدين كله عندنا.

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يفتكه بمائة.

وجه قول زفر رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ النقصان حصل فِي ضمان المرتهن فَكَانَ محسوباً عَلَيْهِ كما لو قتله حرٌّ فغرم بِمِائَةِ دِرْهَمٍ.

ووجه قولنا: أنَّ العَبْد المدفوع قَامَ مقام الْأَوَّل بلحمه ودمه، والأول لو تراجع سعره بقي ضمان الدين كله، فَكَذَلِكَ ههنا.

ويجوز بقاء ضمان الألف بعبدٍ قيمته مائة.

أَلَا تَرَى أَنَّ بيع عبد قيمته مائةٌ بألف [جائز][(٢)]، كذا هنا بخلاف قيمته لما قلنا.

ثُمَّ اختلف أصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ بعد هَذَا، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا خيار للراهن فِي أن يفتكه أَوْ أن يدعه عَلَى المرتهن بَلْ يجبر عَلَى الفكاك بجميع الألف، وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: للراهن الخيار إِنْ شَاءَ افتكه بالدين كله، وَإِنْ شَاءَ جعله للمرتهن بدينه.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

وَاحْتَـجَّ محمـد ﷺ بأَنَّ الثَّانِي وَإِنَ قَامَ مقام الْأَوَّل فَقَـدْ تغير عن أصله، لِأَنَّهُ غيره فِي الحقيقة، والتغير لَا بُدَّ من أن يوجب الخيار لِأَنَّهُ فِي ضمانه.

أَلَا تَرَى أَنَّ من غصب عَبْدَاً قيمته ألفَ فَقَتَلَهُ [عبد قيمته][1] مائة، فدُفع بِهِ أَنَّ المغصوب مِنْهُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ تركه عَلَى الغاصب لما قلنا، وَلَوْ تراجع سعره وَلَمْ يقتل لَمْ يختر، فَكَذَلِكَ ههنا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّ الثَّانِي قَامَ مقام الْأَوَّل، وَلَوْ كَانَ الْأَوَّل قائماً وَقَدْ تراجع سعره لَمْ يَكُنْ لَهُ خيارٌ فَكَذَلِكَ ههنا، والخيار الَّذِي قَالَ باطل، لِأَنَّ ذَلِكَ يوجب تملـك عين الرهن بضمان الديـن، وعين الرهن[2] أمانة، وَإِنَّمَـا الضمان فِي المعاني عندنا، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ تملك العين بضمان لَا يقابله بخلاف الغصب، وتملك الرهن بالدين حكم جاهلي فَصَارَ باطلًا، وَإِذا بطل التملك تعين الفكاك.

١٠٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ عَلَيْهِ عشرة دَرَاهِمَ لِرَجُلٍ فَرَهَنَ بِهَا إِبْرِيقَ فِضَّةٍ فِيهِ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَضَاعَ؛ قَالَ: هُوَ بِمَا فِيهِ.

ومعنى قولَهُ: (فِيهِ عشـرةٌ) أي وزنه عشـرة، وَإِذا كَانَ وزنه عشـرة احتمل أَنْ يَكُونَ قيمته كَذَلِكَ أَوْ أكثر أَوْ أقل، فإِنْ كَانَ مثله فَلَا يُشكل لِأَنَّهُ لَا رباً فِيهِ بوجهٍ وَلَا ضرر، فَصَارَ كثوب قيمته عشرة.

وإِنْ كَانَ أكثر مِنْهُ فَكَذَلِكَ عندهم جَمِيْعَاً.

---

(١) : فِي ب

(٢) فِي ب: غير الدين

أَمَّـا عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فلأنه يعتبر الـوزن وَهُوَ مثلُ الدين، وقضاءُ الدين بِمَا هُوَ أجود مِنْهُ حسـن، وَكَذَلِكَ عندهما، لِأَنَّ فِي قيمته وفاءٌ وزيادةٌ فَلَا بُدَّ من صحة الإيفاء.

فإِنْ كَانَتْ قيمته أقلَّ فَكَذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ يصير مسـتوفياً لِأَنَّ اسـتيفاء الرديء بالجيد[1] صحيحٌ أَيْضاً.

فأمَّـا عندهما فَإِنَّـهُ يضمن قيمته فيكون رَهْناً مكانه، والمعتـاد أَنْ يَكُونَ قيمة المصوغ أكثرَ من وزنه، فعَلَيْهِ يحمل المطلق عَلَى المقيد.

ووجوه هَذِهِ المسـألة مذكـورة فِي الزيادات وَفِي الأصل عَلَى الاسـتقصاء، وَقَـالَ فِي المرتهن: إِذَا سُـلط عَلَى بيـع الرهن فمَاتَ الراهـنُ أنَّ للمرتهن أن يبيع الرهـن بِغَيْرِ محضرٍ من ورثـة الراهن لما بينا أنَّ المرتهِن صَـارَ وكيلًا عن الراهن ولزمـت وكالته لما بينا، حَتَّى ملك البيع بِغَيْرِ محضرٍ من الراهن ومع نهيه فَكَذَلِكَ بقيت بعد موته، فَلَمْ يشترط حضرة ورثته ورضاهم وَلَا أثر فِي ذَلِكَ لنهيهم.

١٠٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ رهـن عَبْدَاً أَوْ وضعـه عَلَى يَدَي عَدْلٍ فَأَمَـرَهُ بِبِيعِهِ فَبَاعَهُ، وَأَوْفَى المُرْتهِنَ حَقَّهُ ثُمَّ اسْـتَحَقَّ العَبْـدَ فَضَمِـنَ العَدْلَ؛ فَأَنَّهُ بِالْخِيَارِ؛ إِنْ شَـاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمَتَهُ، وَإِنْ شَـاءَ ضَمَّنَ المُرْتهِنَ الثَّمَنَ، لَيْسَ لَهُ أن يُضَمِّنَهُ غيرَهُ.

وحاصله: أنَّ المستحِق إِنْ شَاءَ ضمَّن العدل لِأَنَّهُ بِالْبَيْعِ والتسليم صَارَ غاصباً

(١) فِي ب: الجيد بالرديء

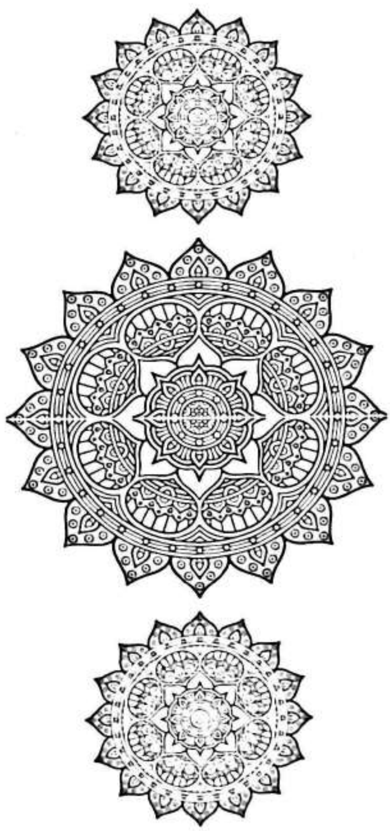
وبالأخذ يضمن قيمته إِذَا عجز عن إصابة عينه، وَإِنْ شَـاءَ ضمَّن الراهن قيمته لأنه [بِالْأَخْذِ كَانَ][1] غاصباً، فإن ضمَّن الراهن صحَّ الرهن وصح البيع والقضاء.

وَإِنَ ضمَّن العدل القيمة كَانَ للعدل أَنْ يَرْجِعَ بِذَلِكَ عَلَى المرتهِن، لِأَنَّهُ وكيله فيرجع عَلَيْهِ بِمَا لحقه، ونفذ البيع وصح الاقتضاء، فَلَا يَرْجِع المرتهِن عَلَيْهِ بِشَـيْءٍ من دينه.

وَإِنْ شَاءَ العدل ضمَّن المرتهن لِأَنَّهُ لما استُحق ظهر أَنَّهُ أَخَذَ الثمنَ بِغَيْرِ حق، وَقَـدْ ملك العبدَ العدلُ حَتَّى ضمن قيمته ونفـذ بيعه عَلَيْهِ لِأَنَّهُ ملكه بِالْأَخْذِ، فَصَارَ الثَّمَن لَهُ، فَإِذَا رَجَعَ بِهِ بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن عَلَى الراهن بدينه، والله أعلم.

(١) فِي ب

٤٠- كِتَابُ الجِنَايَاتِ



[بَابٌ فِي جِنَايَةِ العَبْدِ وَالمُكَاتَبِ]

١٠٨٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ قَتَلتَ فُلَانَاً فَأَنْتَ حُرٌّ، وَإِنَ شَجَجتَهُ أَوْ رَمَيتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَفَعَلَ شَيْئاً من ذَلِكَ؛ قَالَ: فَهُوَ بِالخِيَارِ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّ عَلَى الْمَوْلَى دِيَّةَ القَتِيلِ(١).

وَهَذَا عندنا.

وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَيْسَ بمختار، وعَلَيْهِ قيمة العَبْد.

وجه قولَهُ: أنَّ الْمَوْلَى لَمْ يفعل بعد الْجِنَايَة فعلًا يصلح دليلًا عَلَى الاختيار فَلَا يلزمه حكم الاختيار، كعبدٍ حَفَرَ بِئْرَاً عَلَى قارعة الطَّرِيق ثُمَّ أعتقه الْمَوْلَى ووقع فِيهَا إنسانٌ فمَاتَ، أنَّ الْمَوْلَى لَا يصير مختاراً، فَكَذَلِكَ ههنا.

ولأصحابنا ﷺ: أنَّ الْمَوْلَى لما علق عتقه بالقتل كَانَ هَذَا تحريضاً مِنْهُ عَلَى ذَلِكَ، لِأَنَّ العتق محبوبٌ مرغوبٌ فِيهِ، فَصَارَ المعلق بِهِ كالمبتدأ مِنْهُ بعد وجوده.

---

(١) ذكرها ههنا الرمي وَلَمْ يذكر فِي الزيادات فلولا هَذِهِ الرواية لكان لقائل إن يقول بأن الرمي لَا يصير مختاراً لأن نفس الرمي لَيْسَ بجناية لأنه قَدْ لَا يصيبه فَلَمْ يضف العتق إِلَى حالة الجناية فينبغي أن لَا يصير مختاراً إِلَّا بأن نقول أن المراد بالرمي المذكور بالرمي مع الإصابة فَإِنَّهُ قَالَ رميته وأنه يذكر فِيهِ مع لإصابة وَفِي الرمي بالإصابة يقال رمى إِلَيْهِ والرمي مع الإصابة جناية كالشجة فَصَارَ مختاراً للفداء. من حاشية أ

وَهَذَا كرجـلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ فِي صحته: (إن مرضت فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثاً) فمرض فمَاتَ مِنْهُ طلقت ثَلَاثَاً، وصار فارَّاً، وجعل كابتداء الإيقاع بعد المرض لما قلنا أنَّ المعلق بالشرط كالمستأنف عند وجوده فَكَذَلِكَ ههنا.

١٠٨٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ لَهُ عَبْدٌ قَطَعَ رَجُـلٌ يَدَ العَبْد عَمْدَاً ثُمَّ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ فمَـاتَ العَبْد مِنْهَا؛ قَالَ: إِنْ كَانَ لِلعَبْدِ وَرَثَةٌ غَـيرُ الْمَوْلَى فَلَا قِصَاصَ عَلَى القَاتِلِ، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ لَهُ وارث غير الْمَوْلَى، فَلِلمَـولَى أَنْ يَقْتُلَ قَاتِلَهُ. وَهُوَ قول أَبِي يُوسُـفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَيْضَاً، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا أَرَى عَلَيْهِ قِصَاصَاً عَلَى حَالٍ.

أَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ وارث غير الْمَوْلَى فلأَنَّ القِصَاص عند الموت يجب مضافاً إِلَى الجرح السـابق، وعند الجرح كَانَ الحق لِلمَوْلَى فانعقد السبب لَهُ، وعند الوجوب كَانَ حراً وَلَهُ وارثٌ فوجب أَنْ يَكُونَ القِصَاص لَهُ، فاشـتبه وليُّ القِصَاص(١) فبطل استيفاؤه.

وَإِذا بطل بطل القَوَدُ فَلَمْ ينظر إِلَى اجتماعهما لِأَنَّ الاشتباه ثبت بدليلٍ شرعيٍ لَا يسقط ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ(٢).

ووجه قول محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنَّ سبب إثبات الولاية مجهولٌ لأَنَّا إن اعتبرنا جانب

---

(١) وجهالة المسـتوفي تمنع القِصَاص كما لو بَاعَهُ الْمَوْلَى ثم مات عند الْمُشْـتَرِي كَانَ عَلَى القاطع أن يفي اليد وَهُوَ نصف القيمة كذا ههنا. من حاشية أ

(٢) بخـلاف ما إِذَا ادعـت أختان عَلَى ميت مهراً كل واحد تدعي أنهـا كَانَتْ امرأته، وأقامت بينة، حيث الاشتباه هنا إنما ثبت بمنازعتهما لَا بدليل شرعي. من حاشية أ

السبب وجب الحق باعتبار الملك، وَإِنَ اعتبرنا جانب الموت وجب القِصَاص باعتبار الولاء.

ولما صَارَ السبب مجهولًا تعدد الاستيفاء لِأَنَّ الحكم [إِنَّمَا][1] بالسبب يثبت، وَلَا يصح الحكم بالمجهول.

ووجه قولَهُما إنَّ من لَهُ حق الاستيفاء معلومٌ لأنَّا تيقنا بأنَّ حق الاستيفاء لَهُ، فَلَمْ تكن هَذِهِ الجهالة موجبة منازعة فَلَمْ يكن لَهَا أثر وَلَا بِهَا عبرة.

قَالَ: وَعَلَى القاتل[2] أرش اليد وَمَا نقصه إِلَى أن أعتقه ويبطل الفضل، أَمَّا أرش اليد والنقصان إِلَى العتق فَإِنَّهُ حصل فِي مِلْكِ الْمَوْلَى ثُمَّ انقطعت السراية حكماً بالعتق لِأَنَّ حال السراية صَارَتْ مخالفةً للابتداء فَلَمْ يستقم الجمع فنُزِّل ذَلِكَ منزلة ما لو برأ مِنْهَا، والله أعلم.

١٠٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ كاتَبَ عَبْدَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ رجلٌ عَمْداً وَتَرَكَ وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ وَلَهُ وَرَثَة أَحْرَارٌ؛ قَالَ: فَلَا قِصَاصَ عَلَى القَاتِلِ لِمَا بَيَّنَا أَنَّ الْمَوْلى[3] مُشْتبهٌ.

لِأَنَّ من قَالَ من الصحابة ﭫ بموته حراً[4] كَانَ القِصَاص للورثة.

(١) الإضافة مني.

(٢) فِي ب: القاطع

(٣) فِي ب: الولي

(٤) وَهُوَ قول علي وابن مسعود ﭭ. حاشية أ

ومــن قَالَ منهــم بموته عَبْدَاً كَانَ القِصَاص لِلمَوْلَــى، وإِنْ كَانَ لَيْسَ لَهُ وارثٌ غير الْمَوْلَى فَلِلمَولَى القِصَاص عَلَى قول أَبِي يُوسُفَ ﷬.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷬: لَا قِصَاصَ فِيهِ.

وهذه مثل المسألة الَّتِي ذكرناها آنفاً.

قَــالَ: وإِنْ لَمْ يترك وفــاءً وَتَرَكَ ورثةً أحراراً فَلِلمَولَى أَنْ يَقْتُلَ قاتله فِي قَوَلَهُمْ جَمِيْعَاً، لِأَنَّهُ مَاتَ عَبْدَاً فَكَانَ القِصَاص لمَوْلَاهُ بِالْإِجْمَاعِ.

❁ ❁ ❁

[بَابُ الجِرَاحَاتِ الَّتِي مِنْ دُونَ النَّفْسِ]

١٠٩١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ نَزَعَ سِـنَّ الرَّجُل فَيَنْتَزِعُ المَنْزُوعَةُ سِنَّه سِنَّ النَّازِعِ فَنَبَتَتْ سِنُّ المَنْزُوعَة سِنَّهُ أَوَّلًا؛ قَالَ: فَعَلَى الَّذِي يَنْبُتُ سِنُّه لِصَاحِبِهِ خَمْسمائَةٍ.

وأصل هَذَا القِصَاص واجبٌ فِي السن نُزعت أَوْ كُسرت، وَإِنَّمَا يجب لفساد المنبت.

أَلَا تَـرَى أنَّهـا لو نبتت كما كَانَتْ قبل القِصَاص أنَّ القِصَاص يبطل؟ وفسـاد المنبت لَا يتبين إِلَّا بمضي الزمان.

وَقَدْ جَعَلَ فِي الشرع أدناه الحول، فَإِذَا اسْتَوْفَى حولًا فَلَمْ ينبت وجب استيفاء القِصَاص، لأنَّا لو وقَّتناه[١] باليأس بطل القِصَاص، فَصَارَ الحول دلالةَ اليأس غالباً فأقيم مقامه.

وَإِذا نبت من بعدُ بطل الحكم بالحول فَظَهَرَ أَنَّهُ اسْتَوْفَى القَوَد، وَلَيْسَ لَهُ حق الاستيفاء فضمَّنه كأنَّه نَزَعَ سنه ظلماً، وَلَمْ يلزمه القَوَد لِأَنَّ فعله فِي الظاهر كَانَ حقاً فَصَارَ شبهة، ولأنَّ هَذِهِ سنٌ حادثةٌ بعد الْجِنَايَة[٢].

(١) فِي ب: قضيناه

(٢) وَفِي مثل هَذَا يجب القِصَاص. حاشية أ

ومثال ذَلِكَ رجلٌ لَا ثنية لَهُ نَزَعَ ثنية رجلٍ ثُمَّ نبتت ثنية النازع أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

١٠٩٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَطَعَ يد رجلٍ عَمْدَاً فَاقْتَصَّ القَاضِي لَهُ ثُمَّ مَاتَ المُقْتَصُّ لَهُ؛ قَالَ: فَعَلَى المُقْتَصِّ مِنْهُ القِصَاصُ وَلِوَرَثَةِ المُقْتَصِّ لَهُ أَنْ يَقْتُلوهُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

لِأَنَّ السبيل فِي الجنايات الاستيفاء حولًا حَتَّى يتبين حقُه، فَلَمَّا مَاتَ من ذَلِكَ ظهر أنَّ حقه كَانَ فِي النفس، وَقَدْ اسْتَوْفَى اليد وَهُوَ بعض حقه مِنْ وَجْهٍ فَلَا يبطل بِذَلِكَ حقه، وَلَا يصير شبهة.

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ لَيْسَ لهم شيءٌ، لِأَنَّ استيفاء اليد أوجب البراءة للجاني فأشبه الإبراء، وَلَوْ أبرأه عن القطع ثُمَّ سرى لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً، فَكَذَلِكَ ههنا.

والجواب: أنَّ الاستيفاء بقي حقاً[1] عَلَى اعتبار السراية أَيْضاً، فَلَمْ يصر إبراءً بَلْ صَارَ استيفاءُ بعض حقه، والله أعلم.

---

(١) لأنه إنّما صَارَ الإقدام مبرءاً عمّا وراءه أن لو كَانَ موجبُ ما وراءه معلوماً وقت القطع، وَفِي وقت القطع كَانَ فِي زعمه أنَّ حقه فِي الطرف لَا فِي غَيْرِه فيستوفيه عَلَى أنه كل حقه لَا أنّه إبراء عن شيء آخر. من حاشية أ

[بَابٌ فِي القَتِيلِ يُوجَدُ فِي الدَّار أَوْ فِي الْمَحَلَّةِ]

١٠٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الدَّار فَلَا يقبضُها حَتَّى يوجد فِيهَا قتيل وَلَيْسَ فِي الشِّرَاءِ خيار، فَالدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ البَائِع؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِي البَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا فَالدِّيَة عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي الدَّار فِي يَدِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: إن لَمْ يَكُنْ فِي الشِّرَاءِ خيار فإِنَّ الدِّيَة عَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي، وإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ قَالَ: الدِّيَة عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي تَصِيرُ الدَّار إِلَيْهِ.

أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ اعتبر اليد فِي الباب، وهما اعتبرا المِلك.

وجه قولَهُما: أنَّ الحفظ فِي الشرع يَمْلِك بملك الرقاب، فَإِذَا أضيف الحفظ إِلَيْهِ أضيف مؤنة الحفظ إِلَيْهِ، ووجوب الدِّيَة بوجود القتيل من مؤنات الحفظ.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الحفظ إِنَّمَا يكون بالأيدي، لكن اليد فِي الغالب تَستحِق بالملك فينسب إِلَيْهِ، فَإِذَا تعارضا وجب أن يضاف إِلَى ما يقوم بِهِ الحفظ وَهُوَ اليد، وَإِذا ثبت هَذَا اعتبر عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ صاحب اليد، وَعِنْدَهُمَا يعتبر الملك إن وجد، وإلا فيتوقف عَلَى قرار الملك كما قالوا جَمِيْعَاً فِي صدقة الفطر.

١٠٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي القَوْمِ يَبِيعُونَ دُورَهُم

إِلَّا رَجُلاً يَبْقَى لَهُ شِقْصٌ، فوُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحلتِهِم؛ قَالَ: فإِنَّ الدِّيَةَ عَلَى صَاحِبِ الخِطة فَإِنْ كَانُوا بَاعُوا كُلُّهُم فَإِنَّ الدِّيَة عَلَى الْمُشْتَرِين.

وأصله أنَّ وجود القتيل فِي المحلة يوجب الدِّيَة عَلَى أَهْل المحلة بعد القِسامة من صالحي أَهْل المحلة، وَهَذَا حكمٌ منقولٌ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم وعَلَى ذَلِكَ إجماع الأمة.

فإِنْ كَانَ فِي المحلة أصحاب الخِطة فَذَلِكَ عَلَيْهِم لِأَنَّ القتل ينسب إليهم لتقصيرهم فِي الحفظ، والرأي والتدبير إِلَى أَهْل الخِطة فعَلَيْهِم مؤنته، فإن بَاعَ أصحابُ الخطة كلهم انتقل الرأي والتدبير والحفظ إِلَى أَهْل الْمُشْتَرِين[1] فنزلوا فِيهِ بِمَنْزِلَةِ أَهْل الخطة.

فإن بقي من أصحاب الخِطة واحدٌ فَذَلِكَ عَلَيْهِ خاصة، لِأَنَّ الرأي والتدبير والحفظ إِلَيْهِ فِي العادات، وَلِأَنَّهُ هُوَ الأصل، والْمُشْتَرِي بِمَنْزِلَةِ الخلف عَنْهُ، وَلَا يعتبر الخلف ما دام شيء من الأصل قائمٌ، وَكَذَلِكَ ما يوجد فِي مَسْجِد المحلة لِأَنَّهُ فِي ولاية الحفظ بِمَنْزِلَةِ المحلة.

١٠٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الدَّار تَكُونُ لِثَلَاثَةِ نَفَرٍ، لِوَاحِدٍ نِصْفُهَا وَلِوَاحِدٍ عُشْرُهَا وَلِلآخَرِ مَا بَقِي مِنْهَا، فوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ؛ قَالَ: العَقْلُ عَلَى رُؤوسِ الرِّجَالِ.

(١) المقصود أَهْل الشراء

لِأَنَّ هَـذَا الحكم يضـاف إِلَى ولاية الحفظ، وعند التقصيـر فِيهِ تثبت أحكام القتـل بدلالة الملـك، وولايةُ الحفظ [عَلَيْـهِ][1] ثابتةٌ لهم عَلَى السـواء، والدلالةُ وَاحِدَة لَا يختلف أثرها بتفاوت الملك. وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

١٠٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلَينِ يُقرُّ كُلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ فُلَانَاً، وَقَالَ الوَلِيُّ: أَنْتُمَا قَتَلتمَاهُ؛ قَالَ: لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا.

لِأَنَّ كُلَّ وَاحِـدٍ مِنْهُمَـا أَقَـرَّ بانفراده بكل القتـل وبأَنَّ عَلَيْهِ القتـل، والمقر لَهُ صدَّقه فِي وجوب القتل عَلَيْهِ أَيْضَاً، لَكِنَّهُ كذبه فِي بعض السبب[2]، وتكذيب المقَر لَـهُ المقِـرَ فِي بعض ما أَقَرَّ بِـهِ لَا يُبطل إقراره فِي الباقي، لِأَنَّ ذَلِكَ يوجب تفسـيقه وبالفسق لَا يرد الإقرار كله.

وَلَوْ شهد شاهدان بأَنَّ فُلَانَاً قتله وشهد آخران عَلَى آخر أَنَّهُ قتله، وَقَالَ الولي قتلتماه بطل كله، لِأَنَّ المشهود لَهُ هنا كذّب الشهود فِي بعض ما شهدوا من مباشرة السبب، فأوجب تفسيقهم وفسق الشاهد يرد شهادته.

أَلَا تَـرَى أَنَّ رَجُلَانِ لو أقرا بِأَلْفِ دِرْهَم لِرَجُـلٍ وصدقه المقَرُ لَهُ فِي النصف وكذبـه فِي النصف الآخـر أنَّ الإقرار صحيـحٌ فِيمَا صدقه، وَلَوْ كَانَ فِي الشـهادة لبطلت الشهادة كلها.

---

(١) فِي ب

(٢) وَهُوَ انفراده بالقتل. حاشية أ

١٠٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَتَهُ فَأَلْقَتْ جَنِيناً مَيِّتاً؛ قَالَ: عَلَى عَاقِلتِهِ غُرةٌ وَلَا يَرِثُ مِنْهُ شَيْئاً وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ.

وأصله أنَّ من ضَرَبَ بطن حرةٍ فألقت جنيناً ميتاً فعَلَيْهِ غرّةٌ، وَهُوَ عبد أَوْ فرس قيمته خمسمائة دِرْهَم فضة، وَذَلِكَ مثل أرش الموضحة[١]، بِذَلِكَ جاءت السنَّة عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَفِي حديث حمل[٢] بن مالك بن النابغة رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: (كُنْتُ بَيْنَ ضَرَّتَيْنِ لِي فَضَرَبَتْ إِحْدَاهُمَا بَطْنَ الأُخْرَى بِمِسْطَحٍ[٣] فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتْ الأَمُّ فَقَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ فِي الْجَنِينِ بِالْغُرَّةِ)[٤].

وَإِذَا ثبت هَذَا كانَ الأب وغيره فِيهِ سواءٌ، كما فِي قتله بعد الانفصال، ووجب عَلَى عاقلته لِأَنَّهُ خطأٌ فدخل تحت حكم الخطأ.

وَفِي هَذَا الحديث الَّذِي روينا القضاءُ عَلَى العاقلة وهم إخوة القاتلة، حَتَّى قالوا كيف ندي من لَا صاح وَلَا استهل وَلَا شرب وَلَا أكل ودمُ مثله يُطل، فَقَالَ ﷺ: (أَسَجْعٌ كَسَجْعِ الْكُهَّانِ أنتم أحقُ بالعقل)[٥].

---

(١) الموضحة: هِيَ الشجة الَّتِي تبدي وضح العظام، أي الَّتِي تقشر جلدة الرأس.

(٢) فِي الأصل جمل.

(٣) وَهُوَ عمود الفسطاط. حاشية أ

(٤) أبو داود ٤٥٧٢ النسائي ٤٧٥٣ وَهُوَ: أنه [أي عمر] سأل عن قضيةِ النَّبيِّ ﷺ فِي ذَلِكَ، فقام حمل بنُ مالك بن النابغة فَقَالَ: كنتُ بين امرأتينِ فضربت إحداهما الأُخرَى بمسطحٍ فقتلتها وجنينها، فقضى رسولُ اللهِ ﷺ فِي جنينها بغرّةٍ، وَأَنْ تقتلَ.

(٥) الحديث عند مسلم (عنِ المغيرةِ بنِ شعبةَ. أنَّ امرأةً قتلتْ ضرّتها بعمودِ فسطاطٍ فأتىَ فيهِ =

وَلَا يـرث مِنْهُ الأب، يريد بِـهِ أَنَّهُ يُورَث من الجنيـن، لِأَنَّ الجنين قَدْ ثبت لَهُ حكم الأحياء فِي هَذَا خاصة.

وَأَنْ يُـورَث ذَلِكَ مِنْهُ من هَذَا الخصوص[1]، ثُمَّ الأب لَا يرث ههنا لِأَنَّهُ قاتلٌ مباشـرٌ مخطئٌ فحرم الميراث عندنا كسـائر المخطئين المباشرين، وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الشرع إِنَّمَا أوجب الكفارة فِي تناول النفس الْمُطَلَّقَةَ[2] وهذه عضو مِنْ وَجْهٍ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ ضُمن بأرش الموضحة فَلَمْ يكن مثل النفس.

أَلَا تَرَى أَنَّ إتلاف اللسـان والذَكَرِ وَمَا أشـبه ذَلِـكَ يجري مجرى النفس مِنْ وَجْهٍ فِي حق تقدير الواجب وَلَمْ يضمن بالكفارة.

❁ ❁ ❁

= رسولُ اللهِ ﷺ فقضى عَلَى عاقلتها بالدّيةِ وكانتْ حاملًا فقضى فِي الجنينِ بغرّةٍ. فقالَ بعضُ عصبتها أندي منْ لَا طعمَ وَلَا شـربَ وَلَا صاحَ فاستهلَّ ومثلُ ذلكَ يطلُّ قالَ فقالَ: (سجعٌ كسجعِ الأعرابِ) رقم/ ٤٤٨٨/ ، والنسـائي برقم/ ٧٠٢٧/ ، وأبو عوانة برقم/ ٦٢٠٢/ ، وعند أبي شيبة: لَا شرب وَلَا أكل، وَلَا صاح وَلَا استهل.

(١) أي من خصوص أنّه صَارَ من الأحياء.

(٢) أي الكاملة.

[بَابٌ فِي جِنَايَةِ الحَائِطِ وَالجَنَاحِ]

١٠٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُخرج فِي الطَّرِيق الأَعْظَمِ كَنِيفاً أَوْ جُرْصَناً أَوْ مِيزَاباً أَوْ بَنَى دُكَّاناً؛ قَالَ: فَلِلرَّجُلِ مِنْ عُرْض النَّاسِ أَنْ يَنزِعَ ذَلِكَ كُلَّهُ.

لِأَنَّ طريق الْمُسْلِمِينَ حق عامتهم، فَإِذَا شغله بِمَا لَيْسَ بحقٍ لَهُ كَانَ لواحد من أَهْل الطَّرِيق دفعه، ويدخل فِي الرَّجُلِ من عُرْض الناس الكافرُ لِأَنَّ الكفار فِي استحقاق الطَّرِيق مثل الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ: ولصاحب هَذِهِ الْأَشْيَاء أن ينتفع بِهَا إِذَا لَمْ يُضرَّ بالمسلمين، فإِنْ كَانَ يُضرُّ بهم كُره ذَلِكَ كله، لِأَنَّ الانتفاع بالطريق ثابتٌ لَهُ أَيْضاً، إِلَّا أَنَّ هَذَا الانتفاع بِمَا لَمْ يوضع لَهُ الطَّرِيق، فإِنْ كَانَ لَا ضرر فِيهِ التحق بجنس حقه باعتبار عاقبته، وإِنْ كَانَ فِيهِ ضرر بقي عَلَى أصله وكره لَهُ[1].

(١) قَالَ شيخ الإِسْلَام فِي الصلح: إِذَا أراد إحداث ظلة فِي طريق العامة وَهِيَ لَا تضر بالعامة من مذهب أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْمُسْلِمِينَ المنع وحق الطرح، وَعَلَى قول أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لهم جَمِيْعَاً، وَعَلَى قول محمد رَحِمَهُ اللهُ لَهُ حق الخصومة فِي المنع من الإحداث وَلَيْسَ لَهُ حق الدفع، أَمَّا إِذَا قصر بهم فلكل واحد من آحاد الناس حق المنع والدفع جَمِيْعَاً، وذكر الإمام المعروف هَذَا انه هل لَهُ الانتفاع بِهَا أم لَا قَالَ: يباح لَهُ ذَلِكَ وَلَا يأثم قبل أن يخاصمه أحد فِي دَفْعَهَا بعد البناء ومنع مِنْهُ قبل البناء لَا يباح لَهُ الانتفاع وعَلَيْهِ الإثم =

أَلَا تَرَى أَنَّ الطَّرِيق عُدَّ حقاً لِكُلّ وَاحِدٍ من آحاد أهله عَلَى سبيل الإباحة دون الملك، والسبيل فِي استيفاء المباح أن لَا يتضمن ضرراً بأحد، فَإِذَا تضمنه حرم.

قَـالَ: وَكَذَلِكَ البالوعة يحفرها الرَّجُل فِـي الطَّرِيق الأعظم منع من ذَلِكَ لما قلنـا، ولأنَّ هَـذَا لَا يخلو عن الضرر لَا محالة، فإِنْ كَانَ السـلطان هُوَ الَّذِي أمرهم بذَلِكَ وأجبرهم عَلَى ذَلِكَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِم فِيمَا عطب، لِأَنَّ للسلطان ولاية عَلَى الطَّرِيـق الأعظم فَصَارَ حقاً بإذنه فسـلم عن ضمـان العطب، كَانَ ذَلِـكَ فِي مِلْكِ الحافي(١)، وَإِنَ كَانُوا فعلوه بِغَيْرِ أمره ضمنوا لما قلنا.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: لَيْسَ لِأَهْلِ درب غيرِ نافذةٍ أن يشـرع فِيهِ كنيفاً وَلَا ميزاباً لِأَنَّهُ ملكٌ مشـتركٌ بينهم، والتصرف فِي الملك المشترك من الوجه الَّذِي لَمْ يوضع لَهُ لَا يَمْلِك إِلَّا بإذن الكل(٢).

وذكـر فِي أول [هَذَا](٣) الفصـل الجُرصن، واختلف فِيهِ فَقَـالَ بعضهم: هُوَ البـرج وَقَالَ بعضهـم: هُوَ مجرى ماءٍ مركبٍ فِي الحائط ناتـئ، وكيف ما كَانَ فَهُوَ يشـغل هواء(٤) الْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ فارسـيٌ معرّبٌ إذ لَيْسَ فِي العربية كلامٌ عَلَى هَذَا التركيب أعني الجيمَ والراءَ والصادَ، بَلْ هُوَ مهمل فِي كلامهم.

= بتركها عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَعِنْدَهُمَا يباح لَهُ ذَلِكَ ما لَمْ يضر بأحد، فأَبُو يُوسُـفَ ﷺ اعتبر الضرر وأَبُو حَنِيفَةَ ﷺ اعتبر الخصومة. حاشية أ

(١) هكذا فِي الأصل وَلَمْ يظهر

(٢) سواء أضر بهم أَوْ لَمْ يضر بخلاف الطَّرِيق الأعظم لأنه لَيْسَ لهم فِيهِ ملك مباح الانتفاع بِهِ ما لَمْ يتضرر بِهِ غيره. حاشية أ

(٣) فِي ب

(٤) فِي ب حق

والمـراد بِغَيْـرِ النافـذة المملوكةُ وَلَيْـسَ ذَلِكَ بعلـة الملك فَقَدْ تنفُـذُ وَهِيَ مملوكـة، وَقَدْ يُشـد منفذها وَهِيَ للعامة، لكن ذَلِكَ دليـلٌ عَلَى الملك غالباً فأقيم مقامه ووجب العمل بِهِ حَتَّى يدل الدليل عَلَى خلافه.

١٠٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَـنْ أَوْدَعَ صَبِياً قَدْ عَقِلَ(١) طَعَاماً فَأَكَلَهُ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنَ أَوْدَعَهُ عَبْدَاً فَقَتَلَهُ فَضَمَانُهُ عَلَى عَاقِلَتِـهِ، وَهَـذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ ﷺ أَيْضَاً. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ﷺ: الصَّبِيُّ ضَامِنٌ لِلطَّعَامِ أَيْضَاً.

ودلت المسألة عَلَى أنَّ الاختلاف فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يعقل.

فأمَّا الَّذِي لَا يعقل فيجب أن يضمن بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ تسليطه هدر وفعله معتبرٌ، والاختلاف ثابتٌ فِي العَبْد المحجور أَيْضَاً وَهُوَ ابن سبعين سنة مثلًا، والاختلاف فِي الإيداع والإعارة والقرض والبيع، وكل وجهٍ من وجوه التسليم إِلَيْهِ واحدٌ.

احتج أَبُو يُوسُفَ ﷺ بأنَّ هَذَا استهلاكٌ بِغَيْرِ إذن فيوجب الضمان عَلَى الصبي وعَلَـى العَبْدِ فِي حال الرق كما قلنا فِـي العَبْد المأذون، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لأن الإيداع أَمَرَ بالحفظ، والأمر بالحفظ ضد الإذن بالتضييع.

وَأَنْ لَا يصح الشيء فِي نفسه عَلَى ما وضع لَهُ بدليلٍ شرعيٍ أولى فلأن لَا ينقلبَ عـن حقيقتـه إِلَى ضد ما وضع لَهُ أولـى(٢)، ولأَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ أَنَّهُ اسـتهلاكٌ

(١) العاقل الَّذِي يبنى عَلَى قولَهُ.

(٢) وَهُوَ عدم الولاية. حاشية أ

حصل عَلَى تسليط صحيحٍ وفرطٍ باطلٍ فيكون عفواً كما قلنا فِي النص عَلَيْهِ.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ التسليم إِلَيْهِ وإثبات يده عَلَيْهِ تسليطٌ عَلَى ما ينال بالأيدي وَلَيْسَ التسليط إِلَّا إثبات الأيدي وَلَيْسَ كَذَلِكَ مسألة العَبْد لِأَنَّ إثبات الأيدي عَلَى دمه وحياته باطلٌ، وَهُوَ الأصل عندنا.

والمسلط من أهله مالك لَهُ، والشرط وَهُوَ التقييد بالحفظ باطلٌ لعدم الولاية فبقي مطلقاً، وَفِي قتل العَبْد يجب القيمة عَلَى العاقلة لِأَنَّ دماء العبيد تُعقل عندنا، وعمل الصبي مثل خطئه عندنا.

١١٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَتَلَ وليّه عَمْدَاً فَشَهِدَ لَهُ شَاهِدَان؛ قَالَ: إِذَا اخْتَلَفَا فِي الأَيَّامِ أَوْ فِي البُلْدَانِ أَوْ فِي الَّذِي قَتَلَ بِهِ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا.

أَمَّا الاختلاف فِي الأيام أَوْ فِي البلدان أَوْ فِي الَّذِي قتله بِهِ فَإِنَّهُ يوجب اختلاف الفعل فِي نفسه، وَإِذَا صَارَ المشهود بِهِ مختلفاً قصرت الحجة عَلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا عن كمالها، وبطلت الدَّعْوَى أَيْضاً للتناقض، وَأَمَّا إِذَا اختلفا فِي الَّذِي قتل بِهِ، فلأن القتل يُنسب إِلَى الآلة فيختلف باختلافها أَيْضاً.

١١٠١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقْتُلُ وَلِيَّهُ عَمْدَاً فَيَقْطَعُ يدَ قَاتِلِهِ ثُمَّ يَعْفُو عَنْهُ؛ قَالَ: عَلَيْهِ دِيَةُ اليدِ فِي مَالِهِ، وَعِنْدَهُمَا دَيَةُ اليَدِ بَاطِلَةٌ.

وَقَـدْ ذكر ههنا قَضَى القَاضِـي بالقصاص أَوْ لَمْ يقض، احتجا بأَنَّ الولي قَطَعَ اليد من نفس لو أتلفها لَمْ يَضْمَنْ، فوجب أن لَا يضمن اليد كما لو قَطَعَ يد مرتد ثُمَّ أَسْـلَمَ ثُمَّ سرى[1]، وَهَذَا لِأَنَّ اليد كَانَتْ حقاً لَهُ تبعاً فيبطل بالعفو حقه عما بقي لَا عما اسْتَوْفَى، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ هَذَا قطع وقع ظلماً فيضمن كما لو عفي قبله.

بيانـه: أنَّ حق الولي فِي القتل وَهُوَ الفعل، فأمَّا أن نُثبت حقاً فِي العين ليثبت فِي أطرافه قصداً أَوْ تبعاً فَلَا.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو وجده فائت الطرف لَمْ يخيَّر؟ وفوت الأطراف يعد عيباً، وَإِنَّمَا وجـب ما قلنا تحقيقاً للمماثلـة، لِأَنَّ التعدي حصل بمجرد الفعل فَكَذَلِكَ جزاؤه، وتحقيقـاً لحرية القاتـل حَتَّى لَا يُقضى بحلول الملك فِي عينه مـا أمكن، فَإِذَا عفا بقيت اليد بلا حق.

١١٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ ضَرَبَ رَجُلَاً بمرٍّ[2] فَقَتَلَـهُ؛ قَالَ: إِنْ أَصَابَـهُ بِالحَدِيدِ فعَلَيْهِ القِصَـاصُ، وَإِنَ أَصَابَهُ بالعُود فعَلَيْهِ الدِّيَةُ.

---

(١) سـرى من السراية، ومعناه أن الجرح يسـري أثره عَلَى بقية الجسم فيؤدي إِلَى تلف عضو أَوْ تلف البدن.

قَالَ الحصكفي فِي الدر المختار شـرح تنوير الأبصار: قطعت يده عمدا فارتد والعياذ بالله ومـات مِنْـهُ أَوْ لحق فحكم بِهِ فجاء مسـلما فمات مِنْهُ ضمن القاطع نصـف الدِّيَة فِي مَالِهِ لوارثه فِي المسألتين لأن السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت./ ٣٥٠/ .

(٢) المرُّ هُوَ المسحاة، أداة تستعمل فِي الزراعة للجرف ومسح الأرض.

وهذه بِعَيْنِهَا من الخواص.

أَمَّا إِذَا أصابه بالحديد فجرحه لَمْ يُشكل لِأَنَّهُ مثل السيف وشرٌ مِنْهُ، وَإِنَ أصابه بعَرْض الحديد فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ الحديد سلاحٌ كلَّه حده وعرضه كل ذَلِكَ سواءٌ، وَهُوَ سلاح كله فِي العادة والشريعة فِي الدنيا والآخرة[1].

وَأَمَّا إِذَا أصابه بالعُود فعَلَيْهِ الدِّيَة ولَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بسلاحٍ ولكنَّه إِنْ كَانَ عظيماً لَا يُلبِثُ كَانَ كالسيف عند أَبِي يُوسُفَ ومحمد ﷺ، وعند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ هُوَ بِمَنْزِلَةِ السوط الصَّغِير، والمسألة معروفة، احتجا: بأَنَّ مَا لَا يُلبث يعمل عمل السيف وزيادة فوجب أن يُلحق بِهِ.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: بأَنَّ هَذَا قتل تمكنت فِيهِ شبهة الخطأ، فَلَا يجب بِهِ القود كالقتل بالسوط الصَّغِير.

بيانه: أنَّ الآلة غيرُ موضوعةٍ للقتل والمحاربة فَصَارَ بطريق الوضع ناقصاً وباعتبار الحال كاملًا، والحديد كاملٌ بطريق الوضع، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥]، وَقَالَ: ﴿وَلَهُم مَّقَٰمِعُ مِنْ حَدِيدٍ﴾ [الحج: ٢١].

فَلَمَّا كمُل من طريق الوضع لَمْ ينظر إِلَى قصوره باعتبار الحال فِي حق سقوط القود، فلأن يُعتبر ههنا كماله باعتبار الحال لوجوده بِهِ أولى، وَلِأَنَّهُ يؤثر فِي الباطن دون الظاهر فيصير عند المقابلة بِمَا لَهُ أثر فيهما جَمِيْعَاً ناقصاً كالفطر الَّذِي يؤثر فِي الباطن دون الظاهر أَنَّهُ لَا يعدل ما يؤثر فيهما فَكَذَلِكَ ههنا.

---

(١) أَمَّا فِي العادة فلأن حرائب الأسلحة إنما تكون من الحديد محدود أَوْ غير محدود وَأَمَّا الشريعة قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾، وَأَمَّا الآخرة قَالَ الله تَعَالَى ﴿وَلَهُم مَّقَٰمِعُ مِنْ حَدِيدٍ﴾. حاشية أ.

[بَابُ الشَّهَادَةِ فِي القَتْلِ]

١١٠٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الشُّهُودِ إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ ضَرَبَهُ فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبُ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ؛ فَإِنْ كَانَ عَمْداً فَعَلَيْهِ القَوَدُ.

لأنَّهم شهدوا بالقتل بأقصى ما يمكن لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وسع الشهود[1] أن يعاينوا الجرح والضرب، وَمَا يصير بِهِ المجروح صاحب فراش لَمْ يزل كَذَلِكَ حَتَّى يموت، لِأَنَّ القتل هَذَا تفسيره جرحٌ أَوْ ضَرَبَ ينسب إِلَيْهِ الموت فِي الشرع فوجب الحكم بِهِ، وَلَمْ يكلف الشهود فوقه.

١١٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي حَائِطٍ مَائِلٍ لِخَمْسَةِ رِجَالٍ فأُشْهِدَ عَلَى أَحَدِهِم فَوَقَعَ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ؛ قَالَ: يَضْمَنُ الخُمسَ مِنَ الدِّيَةِ. وَقَالَ عَنْه أَيْضاً: فِي دارٍ لِثَلَاثَةِ نَفَرٍ بَنَى أَحَدُهُم فِيهَا حَائِطاً أَوْ حَفَرَ بِئْراً فَوَقَعَ فِي البِئْرِ إِنْسَانٌ فمَاتَ أَوْ عَثَرَ بِالحَائِطِ إِنْسَانٌ فمَاتَ أَنَّ عَلَيْهِ ثُلُثي الدِّيَةِ، وَعِنْدَهُمَا عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَة فِي المَسْأَلَتينِ جَمِيْعاً.

واحتجا بأنَّ بعض هَذِهِ الجراحة معتبرٌ وبعضها هدرٌ فوجب اعتبار هذين

(١) فِي ب: البشر

القسـمين، وَلَا يعتبر العدد كرجلٍ جرح رَجُلاً ولدغته عقربٌ ونهسـته حيةٌ وعقره كلـبٌ فمَاتَ من ذَلِـكَ [كله][1] أَنَّـهُ لَا يثبت الحكم دون العـدد فيضمن الجارح النصف فَكَذَلِكَ هنا.

ووجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ القتل بهذه الأمـور لَا تقع بنفس الأثر، وَإِنَّمَا يقـع بالثقل والعمـق المخصوص والجانب الحاد المخصـوص، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ اعتبر الكل والجملة علة وَاحِدَة، ثُمَّ يجب تقسيم حكمها.

فَـإِذَا تردد جَعَلَ فِي حـق الَّذِي اعتبر كَانَ كلَّه علة، وَفِي حق من لَمْ يعتبر كَانَ الـكلَّ لَيْـسَ بعلة، وَلَوْ كَانُوا بنوا أَوْ حفروا جَمِيْعَاً فِي غَيْـرِ الملك كَانَ عَلَيْهِم عَلَى الحسـاب الَّذِي قلنـا فَكَذَلِكَ ههنا، بخلاف الجراحـات لِأَنَّ كُلَّ جرحٍ يصلح علةً بانفراده فَلَمْ يجعل الجملة علةً فِي حق من اعتبر بَلْ جَعَلَ فعله علةً بانفراده، واعتبر غيره معارضاً لَهُ وَلَا عبرة بالمعارض إِلَّا فِي قدر الحكم فلهذا افترقا.

وهذه الجملة من الخواص.

١١٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ شـج رَجُلاً مُوضِحَةً فَذَهَبَـتْ عَيْنَـاهُ؛ قَالَ: لَا قِصَـاصَ فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ. وَعِنْدَهُمَـا فِي المُوضَحَةِ القِصَاص، ثُمَّ قَالَ عَنْهُ: فِيمَنْ قَطَعَ مِفْصَلًا مِنْ أُصبُعٍ فَشَـلَّ البَاقِي أَوْ شُـلَّتْ اليَدُ كُلُّهَا أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ: وَلَوْ كَسَرَ نِصْفَ سِنٍّ فاسودَّ مَا بَقِيَ مِنْهُ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ من ذَلِكَ وَلَمْ يَحْكِ خِلَافَاً.

---

(١) فِي ب

وهذه الجملة من الخواص.

وَلَوْ قَطَعَ أصبعاً فسقطت أُخْرَى إِلَى جنبها لَمْ يجب القِصَاص فِيهَا عند أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، ووجب فِي الْأُولَى دون الثانية عند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله، ووجب فيهما جَمِيْعَاً القِصَاص عند محمد رحمه الله.

روى ذَلِكَ ابن سماعة عن محمد رحمهما الله، أَمَّا الكلام بين أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ وبين محمد رحمهم الله قالا: لَا قِصَاصَ فِي سراية الْجِنَايَة عَلَى الطَرَف بحال، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يجب إِذَا كَانَ القِصَاص مِنْهُ مقصوداً. ولَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَاحْتَجَّ بأَنَّ سراية الفعل يُنسب إِلَى الفعل شرعاً، ويُجعل الفاعل مباشراً للسراية لِأَنَّ حقيقة فعل العباد لَا يزيد عَلَى هَذَا التقدير، فَإِذَا جَعَلَ مباشراً لذلك أُخذ بِهِ كما لو سرى إِلَى النفس، ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله: أنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الخاطئ وبمنزلة المسبب، لِأَنَّ التسبب أن يفعل الرَّجُل فعلًا فِي محل وَلَيْسَ ذَلِكَ بموضوعٍ للأثر فِي محلٍ آخر فَإِذَا أثر فِيهِ كَانَ مسبباً، كمن حَفَرَ بِئْرَاً فوقع فِيهَا إنسانٌ كَانَ الحافر مباشراً لما فعل مسبباً لما اتصل بِهِ، وكل ذَلِكَ فِي النسبة[1] سواءٌ فِي المباشرة، أَحَدهمَا فِي حد المباشرة والثاني خارج عن ذَلِكَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ النفس لِأَنَّهُ لَا يمكن تناوَلَهُ إِلَّا من قبل جرح البدن فَصَارَ ذَلِكَ موضوعاً مقصوداً فِي حد المباشرة.

ثُمَّ اختلفوا فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: إِذَا بطل القِصَاص عن بعض الفعل سقط عن الكل إِذَا كَانَ الَّذِي لَا قِصَاصَ فِيهِ من سراية الْأَوَّل، وَعِنْدَهُمَا لَا يسقط إِذَا كَانَ كل واحد مِنْهُمَا يصح إفراده.

---

(١) فِي ب: فِي السببية

وجه قولَهُما: أَنَّ الفعل مَتَى وقع فِي محلين أَخَذَ حكم فعلين كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مبتدأٌ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ مَـن رمى رَجُلاً فأصابه ونفذ مِنْهُ وأصـاب آخر أَنَّهُ يقتص لِلْأَوَّلِ دون الثَّانِي؟

وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ إصبعاً [فاضطرب][1] السـكين فأصابت إصبعاً أُخْرَى خطأً مِنْهُ، أَنَّهُ يقتص فِي الْأُولَى دون الثانية، فَكَذَلِكَ فِي مسألتنا.

وَإِذا صَارَ بِمَنْزِلَةِ جرحين لَمْ تنعقد الشـبهة بخلاف السـنِّ إِذَا ما اسود ما بقي مِنْهَا، أَوْ الأصبع إِذَا شُـل ما بقي مِنْهَا، أَوْ شُـلت اليد كلها لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ شـيء وَاحِدٍ بخلاف الأصبعين واليدين.

وجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ سراية الفعل مع ابتداء الفعل بِمَنْزِلَةِ شيء وَاحِدٍ، وَمَا يحتمل السـراية بِمَنْزِلَةِ محل وَاحِدٍ، فيثبت للفعل صفة الاتحاد دون الافتراق، فَإِذَا صَارَ بحال لَا يوجب القَوَد بعاقبته أثر ذَلِكَ فِي ابتدائه، بخلاف نفسـين[2] لِأَنَّ أَحَدهمَـا لَيْسَ من سـراية الآخر، وهما محلان وبخلاف السـكين إِذَا اتصلت إِلَى الإصبع الأُخْرَى، لِأَنَّهَا قَدْ صَارَتْ مقصودة، ونحن نسلم أَنَّها تصلح مقصودة.

وَإِنَّمَا الكلام فِي احتمال الاتحاد، وَذَلِكَ عند السراية يكون وَقَدْ وجد.

١١٠٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُصيبُ القِصَاص

(١) فِي ب

(٢) فِيمَا إِذَا ضَرَبَ رَجُلاً بالسكين فانزلقت يده أَوْ اضطربت السكين فأصاب رَجُلاً آخر.

أَوْ شَـيْئاً يَجِبُ فِيهِ الحدُّ ثُمَّ يَدْخُلُ الحَرَمَ؛ قَالَ: يُقَامُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِلَّا القَتْلَ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُكلَّم وَلَا يُؤوى وَلَا يُجالس وَلَا يُبايع، وَإِنَ أَصَابَ ذَلِكَ فِي الحَرَمِ أُقِيمَ عَلَيْهِ.

وَهَذَا عندنا.

وَقَـالَ الشـافعي رحمه الله: يقـام ذَلِكَ كله فِيـهِ لِأَنَّهُ من باب الانتصـاف ومجازاة الظالم، والحرم أحق بِهِ كما لو أنشـأ فِيهِ، ولنا: أَنَّ الحرم مأمنٌ بِالْإِجْمَاعِ للخائف حَتَّـى أَمِنَ الصيد فِيهِ، وَلَا نصَّ فِيهِ بَلْ اسـتدلالًا بالآدمي[1] فلأن يأمن فِيهِ الآدمي أولى وَهُوَ المقصود فِي الباب.

أَلَا تَرَى أَنَّ الحرم جَعَلَ مأمناً تكرمة لَهُ فوجب لصاحب الشرع والعباد مصرفه.

والإنسـان بأَنْ يَكُونَ مصرفاً عنـد الحاجة أحق من البهيمـة ووجوب القتل ألزمُ حاجةً من إباحة القتل فَصَارَ أشـدَّ الحاجتيـن بِهِ إيفاء أولى، لَكِنَّهُ لَا يُكلم وَلَا يُـؤوى وَلَا يُجالس وَلَا يُبايع، ولأَنَّ حق الحرم صَارَ مقضياً بالأمان وَذَلِكَ فِي ترك التعرض لَا غير، وَأَمَّا الإحسان إِلَيْهِ فَلَيْسَ من باب الأمان، فوجب إحياء الحق من الوجه الَّذِي لَا يتعرض للأمان، وَلَهُذا لَمْ يجب الضمان فِي هَذَا بخلاف ما لو أنشأ فِيهِ، لِأَنَّهُ دون الملتجئ فِي استحقاق الكرامة، فبطل الاستدلال.

١١٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُحمي[2] التَّنُّورَ

(١) هكذا فِي الأصل، ولعلها (استدلالًا بالصيد).

(٢) فِي ب: يجمر

فَيُلْـقِي فِيهَا إِنْسَـاناً فَيَمُوتُ فِيهَـا، أَوْ يُلقيهِ فِي نَارٍ لَا يَسْـتَطِيعُ الخُروجَ مِنْهَا فَيَمُـوتُ؛ قَالَ: عَلَيْهِ القِصَاصُ، وَإِنَ أَلْقَى صَبِياً أَوْ رَجُلاً فِي البَحْرِ فَيَمُوتُ فِيهِ، قَالَ: لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ.

وَعِنْدَهُمَا عَلَيْهِ القِصَاص، وَإِنَ ذبح صبياً بليطة[1] القصب فعَلَيْهِ القِصَاص فِي قَولَهُمْ جَمِيْعَاً.

أَمَّا مسألة النَّار فبالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا تعمل فِي الظاهر والباطن وَهِيَ العذاب الأكبر فِي دار العذاب فِي الآخرة، فَكَانَ فَوْق السـيف فوجب أن يتعدى إِلَيْهِ الحكم، فأَمَّا ليطة القصب فبِالْإِجْمَاعِ أَيْضَاً لِأَنَّهَا تقطع بِمَنْزِلَةِ السيف والسكين.

وَأَمَّـا التغريق بالمـاء فَإِنَّهُ لَا يعمل فِـي الظاهر، وَلَيْسَ المـاء بآلة للقتل وَلَا يعذب بِهِ فِي الدَّار الآخرة إِلَّا بواسطة الحرارة المتناهية ليصير بِمَنْزِلَةِ النَّار، قَالَ الله تَعَالَـى: ﴿يَطُوفُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ حَمِيمٍ ءَانٍ﴾ [الرحمـن: ٤٤]، وَهُـوَ الَّذِي انتهـى حره قائماً عينه، فـ[هُـوَ][2] طهور وغذاء فِي الوضع، فَكَانَ مثل الحجر والخشـب وَمَا لَيْسَ بسلاح عَلَى الاختلاف الَّذِي تقدم.

١١٠٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يَأْذَنُ لِأَمَتِهِ فِي التِّجَـارَةِ فَتَسْـتَدين دَيْناً ثُمَّ تَلِد؛ قَالَ: يُبَاعُ وَلَدُهَـا مَعَهَا فِي الدَّينِ، وَإِنَ جَنَتْ جِنَايَةٍ ثُمَّ وَلَدَتْ دُفِعتْ هِيَ وَلَمْ يُدْفَعْ وَلَدُهَا.

---

(١) ليطة القصب قشرته، وَهِيَ حادة كالسكين.

(٢) الإضافة مني

والفـرق بينهمـا أنَّ الديـن متعلقٌ برقبتهـا لِأَنَّ الدين عَلَيْهَـا، إذ هِيَ متصرفة لنفسها عندنا، فَهَذَا شغلٌ لازمٌ حل الرقبة فسرى إِلَى أجزاء الرقبة كالملك والرق.

فأمَّا حكم الْجِنَايَة فواجبٌ عَلَى الْمَوْلَى، وَذَلِكَ فعلٌ لزمه وَهُوَ الدفع بالْجِنَايَة، إِلَّا أن يختار الفداء فكانت رقبة الجانية خاليةً عن حق ولي الْجِنَايَة قبل التسليم إِلَيْهِ فَلِذَلِكَ لَمْ يجب القول بالسراية.

[بَابٌ فِي جِنَايَةِ البَهِيمَةِ وَالجِنَايَةِ عَلَيْهَا]

١١٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَحْمِلُ الشَّيْءَ وَهُوَ يَمْشِي فِي الطَّرِيقِ فَيَسْقُطُ ذَلِكَ مِنْهُ فيعطبُ ذَلِكَ مِنْهُ فَيَمُوتُ؛ قَالَ: الحَامِلُ ضَامِنٌ.

وإِنْ كَانَ رداء هُوَ لابسه فسقط ذَلِكَ عَنْهُ فعطب بِهِ إنسان [فيموت][1] فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

ثُمَّ قَالَ:

١١١٠- وَلَوْ سَاقَ دَابَّةً عَلَيْهَا سُرجٌ فَسَقَطَ السُّرجُ عَنْهَا فَعَطَبَ بِهِ إِنْسَانٌ فمَاتَ فَهُوَ ضَامِنٌ.

والفرق بينهما أَنَّ حمل الشيء عَلَى الرأس أَوْ العاتق حفظ لَهُ قصداً، فَإِذَا قصر حَتَّى سقط كَانَ ذَلِكَ مضافاً إِلَيْهِ فَصَارَ بالحمل مسبباً لَهُ وَهُوَ مباح مقيد بشرط السلامة، فَإِذَا أضيف إِلَيْهِ التلف صَارَ ضامناً، وَكَذَلِكَ السرج من الاحمال.

فأَمَّا الرداء فتابعٌ لبدنه لَيْسَ لبسه للحفظ، بَلْ الحفظ فِيهِ تبع، فَلَمْ يجعل سقوطه مضافاً إِلَيْهِ فَلَمْ يضمن.

---

(١) فِي ب

١١١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَسِيرُ عَلَى الدَّابَّةِ فَيَقِفُ لِلرَّوثِ أَوْ البَوْلِ فيروثُ وَيَبولُ فَيعطَبُ بِذَلِكَ إِنْسَانٌ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وإِنْ كَانَ صَاحِبُ الدَّابَّة أَوْقَفَهَا لِغَيرِ ذَلِكَ.

والمسألة بحالها ضمن.

والفرق أنَّ الاحتراز عن الروث والبول غير ممكنٍ فجعل عفواً، والوقوف من ضروراته لِأَنَّ الدَّابَّة لَا تبول وَلَا تروث إِلَّا بعد الوقوف فِي الغالب فجعل ذَلِكَ عفواً أَيْضاً وَلَمْ يجعل مضافاً إِلَى صاحب الدَّابَّة فَصَارَ هدراً، فأمَّا وقوف الدَّابَّة لأمرٍ آخر فَلَيْسَ مِمَّا وضع لَهُ الطَّرِيق فَكَانَ تعدياً فَلَمْ يجعل ما اتصل بِهِ من التلف عفواً، وَإِنَ تعذر الاحتراز عَنْهُ كمن جرح رَجُلاً ضمن سرايته[1]، وَإِنَ تعذر الاحتراز عَنْهُ.

وَكَذَلِكَ من حَفَرَ بِئْراً عَلَى قارعة الطَّرِيق ضمن ما وقع فِيهِ، وَإِنَ تعذر الاحتراز عَنْهُ فَكَذَلِكَ ههنا والله أعلم.

وَقَالَ:

١١١٢- عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: فِي الرَّجُلِ يَسِيرُ عَلَى الدَّابَّة فَيُصِيبُ بِيدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا حَصَاةً أَوْ نَوَاةً أَوْ يُثِيرُ غُبَاراً مِمَّا يَلِي مُقَدَّمِ الدَّابَّة أَوْ مُقَدَّمِ الرَّجُل أَوْ اليدِ أَوْ حَجَرٌ صَغِيرٌ فَتفقأُ عَينَ إِنْسَانٍ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاكِبِ، وإِنْ كَانَ حَجَراً كَبِيراً عَظِيماً ضَمِنَ.

---

(١) إِذَا سرى الجرح إِلَى بقية بدنه فقتله أَوْ سرى إِلَى عضوٍ فأتلفه.

وأصله أَنَّ السـير فِي الطَّرِيق حق مستحق لصاحب الدَّابَّة فوضع عَنْهُ ما لَيْسَ فِي وسعه الاحتراز عَنْهُ.

وهذه الجملة لَا يمكن الاحتراز عَنْهَا.

أَلَا تَـرَى أَنَّ نفحة الذنَب والرِّجْل[1] صَارَ هدراً لمـا قلنا، وذكر المقدم تنبيه لأن المؤخر لَا يشكل أنه لَا يضمن، وإنما المشكل هُوَ المقدم.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الحجر كبيراً فإن الاحتراز عَنْهُ ممكن[2] فَصَارَ بالتقصير متعدياً.

أَلَا تَـرَى أَنَّـهُ يضمن ما خبطت بيدهـا أَوْ كدمت بفيها لما قلنـا، وَقَدْ قيل لو عنَّف[3] عَلَى الدَّابَّة ضمن ذَلِكَ كله لتعديه.

ثُـمَّ ذكر أَنَّ الراكب يضمن مـا أصابت الدَّابَّة بيدها أَوْ برأسـها أَوْ رجلها، أَوْ خبطـت لِأَنَّ الاحتراز عن هَذَا كله ممكن، وَلَا يضمـن لنفحة الرَّجُل والذنب لِأَنَّ الاحتراز عن ذَلِكَ غير ممكن[4].

وإِنْ كَانَ أوقفها فِي الطَّرِيق ضمن نفحة الرَّجُل والذنب أَيْضاً لما قلنا أَنَّهُ متعد فَلَمْ يوضع عَنْهُ مِمَّا تعدى إِلَيْهِ فعله شيء وَإِنَ تعذر الاحتراز عَنْهُ.

قَـالَ: وَمَا ضمنه الراكب ضمنه السـائق والقائد، لِأَنَّ سـير الدَّابَّة يضاف إِلَى السائق والقائد كما يضاف إِلَى الراكب فلزمه الحفظ عما يمكن التحفظ والاحتراز عَنْهُ، ووضع عَنْهُ ما لَيْسَ فِي وسعه فَإِذَا أضيف إِلَيْهِ ضمنه كأنه فعله بيده.

---

(١) حركة ذنب الحيوان ورجله.

(٢) أي صون الدَّابَّة عن المرور عَلَيْهِ ممكن. حاشية أ

(٣) ضربها وأثارها

(٤) لأن مؤخر الدَّابَّة لَيْسَ بيده. حاشية أ

قَـالَ: إِلَّا أَنَّهُ يكون عَلَى السـائق والقائد كفارة، وَعَلَـى الراكب الكفارة فِيمَا أوطـأت الدَّابَّـة، لِأَنَّ ثقل الراكب عَلَـى الدَّابَّة اتصل بالقتيل فَصَارَ مباشـراً بِمَنْزِلَةِ الرامي.

فأمَّا السائق والقائد فَلَمْ يتصل أثر فعلهما بالقتيل بَلْ فعلهما تسببٌ، والكفارة جـزاء الفعـل وَهُوَ القتـل، فَلَا يجب عَلَى المسـبب الَّـذِي هُوَ دون المباشـر فِي استحقاق الجزاء، وَهُوَ كحافر البئر وواضع الحجر أَنَّهُ لَا كفارة عَلَى حافر البئر أَوْ عَلَى واضع الحجر لما قلنا.

١١١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي القَتِيلِ يَمُرُّ فِي الفُرَاتِ؛ قَـالَ: لَيْسَ عَلَى أَحَدٍ شَيءٌ، فَإِذَا وُجِدَ عَلَى الدَّابَّـة قَتِيلٌ وَهِيَ تَمُرُّ بَينَ القَرْيَتينِ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا.

وأصله أنَّ القسـامة والدية إِنَّمَا جعلت عَلَى جماعة نسـبوا إِلَى التقصير فِيمَا لزمهم من الحفـظ، وَلَيْسَ الفرات بداخل فِي ولاية أحد وَلَا يلزم حفظه أحداً، بَلْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ المفازة الَّتِي لَا تدخل فِي ولاية أحد، فَلَمْ يستقم نسبته إِلَى أحد فوجب أَنْ يَكُونَ هدراً.

فأمَّا الدَّابَّة فَلَا تنفك عن الولاية والحفظ ما بين القريتين منسوبٌ إِلَى أَحَدهمَا لَا محالة، وَعَلَى أَهْل القرية حفظه، فَإِذَا وجد قتيل عَلَى الدَّابَّة فِي حدودهم نسـب ذَلِكَ إِلَى تقصيرهم فِيمَا لزمهم.

وَإِنَّمَا وجب أن يجعل إِلَى أقربهما لما روي أنَّ قتيلًا وُجد بين وادعة وأرحب

فجعــل ذَلِكَ عمر رضي الله عنه عَلَى أقربهما وَهِيَ وادعة[1]، وَقَدْ رفع بعضهم هَذَا الحديث وأسندوه.

وَإِذا جَعَلَ ذَلِكَ عَلَى أقربهما جَعَلَ عَلَيْهِم القسامة والدّية.

١١١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَجْعَلُ قَنْطَرةً عَلَى نَهــرٍ فَيَمُرُّ عَلَيْهَا رَجُلٌ مُتَعمِّدَاً فَيَقَعُ فَيَعْطَــبُ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ الرَّجُل يَضَعُ خَشَبَةً فِي الطَّرِيقِ فَيَمُرَّ عَلَيْهَا رَجُلٌ إِلَى نِصْفِهَا فَيَسْقُطُ فَيَعْطَبُ.

قَــالَ: لَا ضَمَــانَ عَلَى صَاحِبِهَــا الَّذِي وضعها لِأَنَّ المــار بثقله صاحب علة، لَكِنَّهُ لَمْ يَصِحَّ نسبة الحكم إِلَيْهِ لكونه مباحاً، فَإِذَا تعمد المرور صَارَ متعدياً فينسب إِلَيْهِ التلف دون المســبب وصار كأنَّه أتلف نفسه وَلِذَلِكَ قلنا فِيمَنْ يقود بعيراً عَلَى الأرض قَدْ رشــت فعطب البعير برشيش الماء أَنَّهُ هدر، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ عالماً متعمداً لما هدر لما قلنا.

(١) مصنف ابن أبي شــيبة ولفظه: حدثنا أبو بكر قَالَ حدثنا وكيع قَالَ حدثنا إســرائيل عن أبي إســحاق عن الحارث بن الأزمع قَالَ: وجد قتيل باليمنْ بَيْنِ وادعة وأرحب، فكتب عامل عمر إِلَيْهِ، فكتب إِلَيْهِ عمر أن قس ما بين الحيين، فإلى أيهما كَانَ أقرب فخذهم بِهِ. ٦/ ٤١٦ وَقَالَ الزيلعي فِي نصب الراية: قلت رواه بن أبي شيبة فِي مصنفه حدثنا وكيع ثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزمع قَالَ وجد قتيل باليمين بين وادعة وأرحب فكتب عامل عمر بن الخطاب إِلَيْهِ فكتب إِلَيْهِ عمر ان قس ما بين الحيين فإلى أيهما كَانَ أقرب فخذهم بِهِ قَالَ فقاسوا فوجدوه أقرب إِلَى وادعة فأخذنا وأغرمنا وأحلفنا فقلنا يا أمير المؤمنين أتحلفنا وتغرمنا قَالَ نَعَمْ فأحلف منا خمسين رجلا بالله ما قتلت وَلَا علمت قاتلًا. ٦/ ٤٧٣

١١١٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الْمَسْجِدِ يَكُونُ لِلعَشِيرَةِ فَيَجِيءُ رَجُلٌ مِنْ العَشِيرَةِ فيُعلِّقُ فِيهِ قِنْدِيلاً أَوْ يَبْسُطُ فِيهِ بَوارِي[١] أَوْ حَصَاةً فَيَعْطَبُ بِهِ إِنْسَانٌ؛ قَالَ: لَا شَيءَ عَلَيْهِ.

وإِنْ كَانَ الفاعل لذلك مِنْ غَيْرِ العشيرة ضمن ذَلِكَ كله.

وَإِنَ جلس رجل من العشيرة لِلصَّلَاةِ فعطب بِهِ رجل لَمْ يَضْمَنْ، وإِنْ كَانَ جالساً فِي غَيْرِ الصَّلَاة ضمن، وَعِنْدَهُمَا لَا يضمن عَلَى كل حال.

أَمَّا المسألة الْأُولَى: فإن التصرف فِي الْمَسْجد من هَذِهِ الوجوه مفوّضٌ إِلَى أَهْلِهِ فخرج فعل الرَّجُل مخرج الحسبة مطلقاً فنزل منزلة ما لو فعل بإذن الإمام، أَوْ فعل ذَلِكَ فِي مِلْكِهِ فَلَمْ يضمن فأمّا غير أَهْل الْمَسْجد إِذَا فعلوا ذَلِكَ فإنَّهم ضامنون عند أَبِي حَنِيفَةَ.

وَعِنْدَهُمَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ لِأَنَّ هَذِهِ قربة يثاب عَلَيْهَا الفاعل فَلَا يضمن كأهل الْمَسْجِد.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ هَذَا الرَّجُل فعل ما لَيْسَ بملكٍ لَهُ وَلَا داخل ولايته فيضمن كما لو حَفَرَ بِئْراً فِي الْمَسْجِد لصالح الْمَسْجِد فعطب فِيهَا إنسانٌ أَوْ حيوانٌ أَنَّهُ يضمن.

وَإِنَّمَا قلنا ذَلِكَ لِأَنَّ غير العشيرة لَا يملكون ذَلِكَ إِلَّا بإذن العشيرة، وللعشيرة أن تمنعهم عن ذَلِكَ، وَلَيْسَ الرأي والتدبير فِيهِ إِلَى غير العشيرة.

---

(١) حصير من قصب البردي، والحصاة حصيرٌ من عيدان، ويقال لمن يعمل بِهَا: الخوّاص.

وقالا: يبطل بحفر البئر، ولأنَّ أكثر ما فِي هَذَا البَابِ أن نسلّم لَهُمَا أَنَّهُ مباحٌ، لَكِنَّهُ لَيْسَ بواجبٍ فَصَارَ مضمون العاقبة مقيدٌ بشرط السلامة، كمن وقف فِي طريق الْمُسْلِمِينَ يصلح بين الْمُسْلِمِينَ أَنَّهُ يضمن ما عطب بِهِ وإِنْ كَانَ متقرباً فَكَذَلِكَ ههنا.

وَإِنَ جلس رجلٌ من العشيرة ليصلي أَوْ يتعلم الْقُرْآن أَوْ ما أشبه ذَلِكَ فعطب بِهِ رجلٌ لَمْ يَضْمَنْ، لِأَنَّ ذَلِكَ داخلٌ فِي ولايته كما فِي مِلْكِهِ، فأمَّا إِذَا جلس لغير الصَّلَاة فَهُوَ ضَامِنٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ، وغير ضامنٍ عندهما.

احتجا بأنَّ المنتظر لِلصَّلَاةِ فِي الصَّلَاةِ حكماً، والمصلي لَا يضمن فَكَذَلِكَ المنتظر[1].

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀ أنَّ الجلوس فِي الْمَسْجِد مباحٌ فيكون مقيداً بشرط السلامة.

والجواب: أَنَّهُ كَذَلِكَ فِي حق الصواب فأمَّا فِي حق الحكم فَلَا، وَأَمَّا إِذَا جلس للحديث فَإِنَّهُ ضامنٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ غير مباحٍ لَهُ، وَإِنَ قَعَدَ معتكفاً فإنَّ مشايخنا ﵏ اختلفوا فِيهِ:

فَقَالَ بعضهم: عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ يضمن لِأَنَّهُ جالسٌ لغير الصَّلَاة[2]، وَقَالَ بعضهم: لَا يضمن لِأَنَّهُ متقربٌ بِهِ، فإِنْ كَانَ الجالس رَجُلاً مِنْ غَيْرِ العشيرة فقولَهُما فِيهِ لَا يشكل لأنَّه بِمَنْزِلَةِ الرَّجُل من العشيرة كما قالا فِي بسط البواري والحصاة.

وَأَمَّا فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فيحتمل أن يضمن بِكُلِّ حَالٍ.

---

(١) فِي الانتظار لِلصَّلَاةِ عن أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ روايتان. حاشية أ

(٢) وَلَهُذا لو دَخَلَ رجل فِي الْمَسْجِد ليصلي فَلَمْ يجد موضعاً ووجد رَجُلاً جالساً لَا يُصَلِّي فَلَهُ أن يزعجه ويصلي فلو كَانَ لَهُ حكم الصَّلَاة لما أزعجه. حاشية أ

وَقَالَ بعضهم: بَلْ هُوَ عنده فِي حق الصَّلَاة بِمَنْزِلَةِ العشيرة لِأَنَّ المساجد أُعدت لصلاة العامة مِنْ غَيْرِ خصوصٍ[(١)]، وَإِنَّمَا الخصوص فِيمَا يَرْجِع إِلَى الرأي والتدبير وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لغيرهم حق إقامة الجماعة لأنه مِمَّا يفتقر الى الرأي والتدبير.

فأمَّا نفس الصَّلَاة فمستغنٍ عن ذَلِكَ بخلاف تعليق القناديل وبسط البواري [والبساط][(٢)] والحصاة وَهَذَا القول أشبه.

١١١٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي الْمُكَاتَبِ يَجْنِي جِنَايَةً خَطَأً ثُمَّ يَعْجَزُ قَبْلَ أَنْ يَقْضِي القَاضي[(٣)]؛ قَالَ: يدفعه مَوْلَاهُ أَوْ يفديه، وَإِنَ قَضَى القَاضِي ثُمَّ عجز بَاعَهُ مَوْلَاهُ فِي ذَلِكَ، هَذَا قولنا.

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: فِي المسألتين جَمِيْعَاً يباع فِيهِ.

وحاصله أَنَّ جناية الْمُكَاتَب لَا تصير ديناً عَلَيْهِ وَلَا يصير مَالاً بنفس الوقوع، وَإِنَّمَا يصير كَذَلِكَ بقضاء القَاضِي أَوْ بالتراضي أَوْ بالموت عن وفاءٍ عندنا.

وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: يصير مَالاً وديناً عَلَيْهِ بنفس الوقوع، وَاحْتَجَّ بِأَنَّ الْجِنَايَة وجدت، والمانع من دَفَعَ الرقبة قائم، فوجب أن تجب بِهَا قيمته فِي الذِّمَّة، وَلَا يتعلق الحق بالرقبة كالمدبر يجني وأمِّ الْوَلَد.

---

(١) وَلَهَذا لَمْ يَكُنْ لِأَهْلِ الْمَسْجِد أن يغلقوا باب الْمَسْجِد فِي أوانه. حاشية أ

(٢) فِي ب

(٣) بالقيمة. حاشية أ

بيانه: أنَّ الكتابة مانعةٌ عن الدفع بِمَنْزِلَةِ التدبير.

ووجـه قولنا: أنَّ موجبات جنايات العبيد دَفْـعَ الرقبة[1]، وَإِنَّمَا يُصار إِلَى القيمة عنـد تعذر الدفع، ودليل التعذر ههنا مترددٌ لِأَنَّ الْمُكَاتَب قَدْ يؤدي فيعتق فينسـد باب الدفع وَقَدْ يعجز فتنفسخ الكتابة فيدفع، ولما كَانَ كَذَلِكَ وجب الوقف فِيهِ حَتَّى يتبين.

أَلَا تَـرَى أَنَّ المبيـع إِذَا أبق قبـل القبض[2] لَمْ ينتقض البيع بَـلْ يتوقف عَلَى قضاء القَاضِي لما قلنا إنَّ العجز عن التسليم بِهِ مترددٌ، وَكَذَلِكَ السلم إِذَا انقطع لَمْ ينتقـض البيع إِلَّا بقضاء القَاضِي لما قلنا، فَكَذَلِكَ ههنا لَا ينتقل الحق عن الرقبة[3] إِلَّا بالقضاء أَوْ ما يعمل عمله[4] لما قلنا فَكَذَلِكَ هنا.

فاذا لَمْ يقض بِهِ حَتَّى عجز بقي الحق متعلقاً برقبته فوجب دَفْعَهَا.

وَإِذَا قَضَـى بِهِ فَقَدْ صحَّ القضاء عَلَيْهِ بالقيمة لقيام المانع فِي الحال، فصارت القيمة ديناً عَلَيْهِ فيباع بِهِ ثُمَّ لَا يبطل القضاء بزوال المانع قاصراً عَلَى حال الزوال، كما قلنا فِيمَا ضربنا من الأمثلة بخلاف المدبر وأمِّ الْوَلَد لِأَنَّ المانع فيهما مطلقٌ لَا تردد فِيهِ وَلَا احتمال فَلَمْ يجب الوقف فِيهِ.

١١١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الصَّفينِ يَلْتَقِيانِ صَفٌّ

---

(١) بناء عَلَى الشـريعة المؤدية كما قَالَ تَعَالَى فِي قصة يُوسُـفَ ﷺ: (فَهُوَ جزاؤه) إِلَّا أن هَذَا الأصل تغير فِي حق الحر وبقي فِي حق العَبْد عَلَى ما كَانَ.

(٢) فِي ب: التسليم.

(٣) إِلَى القيمة. حاشية أ

(٤) وَهُوَ الرضا أَوْ الموت عن وفاء. حاشية أ

مِنْ الْمُسْــلِمِينَ وَصَفٌّ مِنْ الْمُشْرِكِينَ فَيَقْتَتلانِ فَيَقْتُلُ رَجُلٌ مِنْ الْمُسْــلِمِينَ رَجُلاً مِنْ أَصْحَابِهِ ظنّ أَنَّهُ مُشْرِكٌ؛ قَالَ: لَا قِصَاص عَلَيْهِ وعَلَيْهِ الكَفَارَةُ.

أَمَّـا القِصَـاص فَلَا يجب لِأَنَّهُ وقع خطـأً مِنْهُ(١)، وَأَمَّا الكفـارة لِأَنَّهُ أراق دماً معصوماً بعصمة الْإِسْلَام، كما لو قتل مسلماً خطأ فِي غَيْرِ هَذَا البَابِ، والكفارة ما شرعت إِلَّا فِي الخطأ وتجب الدِّيَة.

ذكر ذَلِكَ فِي السير الكبير لما قلنا أَنَّهُ خطأٌ وَفِي الخطأ الدِّيَة بالنص.

١١١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ مُسْلِمٍ دَخَلَ أَرْضَ الحَرِبِ فَقَتَلَ مُسْـلِماً أَسْلَمَ هُنَاكَ وَكَانَ مِنْ أَهْلِ الحَرِبِ، فَإِنْ قَتَلَهُ خَطَأً فعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَلَا دِيَةَ عَلَيْهِ، وَإِنَ قتله عَمْداً فَلَيْسَ عَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَلَا الدِّيَة.

وأصلـه أنَّ العصمـة للآدمـي نوعـان: مقومةٌ بالديـة والقصـاص، ومؤثمةٌ بالكفارة.

فأمَّـا العصمـة المقومة فَلَا تثبـت إِلَّا بالإحراز بدار الْإِسْـلَام، وَأَمَّا الأُخْرَى فتثبت مِنْ غَيْرِ إحراز.

وعند الشافعي ﷺ يثبت كلاهما بِالْإِسْلَام، وَاحْتَجَّ بقول النبي ﷺ: (أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِـلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا: لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ، فَإِذَا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ

(١) لأن صـورة الخطأ هَذَا هُوَ أنه يقصد مباح الـدم فيصيب غير مباح الدم، وقيل هَذَا اذا كَانَ فِي صف المشركين لَا يجب شيء لأنه هُوَ الَّذِي أهدر دمه حيث وقف فِي صفهم. أَلَا تَرَى أنهم لو تترسوا بصبيان الْمُسْلِمِينَ وأسراهم فجاء الرمي إليهم لَا يجب شيء. حاشية أ

إِلَّا بِحَقِّهَا، وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللهِ ﷻ)[1]، فَقَدْ أثبت العصمة كلها بالإيمان مِنْ غَيْرِ قصد.

وَاحْتَجَّ أصحابنا بقول الله تَعَالَى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النِّسَاء: ٩٢]، وَلَمْ يذكر الدِّيَة، وَهَذَا موضع حاجةٍ فثبت أنَّها غير واجبةٍ، ولأنَّ هَذِهِ العصمة راجعةٌ إِلَى معنى الغُرّة فِي أحكام الدنيا فيضاف إِلَى الإحراز كالصيد والحشيش وكلّ مباحٍ لَا قيمة لَهُ فَإِذَا أحرز صَارَ متقوماً.

١١١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي عبدٍ لِرَجُلٍ زَعَمَ رَجُلٌ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ ثُمَّ إن هَذَا العَبْد قَتَلَ وَلِيّاً لهذا الرَّجُل خَطَأً؛ قَالَ: لَيْسَ لِهَذَا الَّذِي زَعَمَ أَنَّ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ قَلِيلٌ وَلَا كَثِيرٌ.

لِأَنَّ مِنْ زعمه أَنَّهُ لَا شيء لَهُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ مَوْلَاهُ إِذَا أعتقه ثُمَّ قُتل كما فِي زعم الرَّجُل كَانَتْ دية الرَّجُل عَلَى عاقلته، وكان القاتل عن ذَلِكَ بريئاً فَصَارَ الرَّجُل معترفاً ببراءة الْمَوْلَى وببراءة القاتل مدعياً عَلَى العاقلة فلزمه ما أَقَرَّ بِهِ وَلَمْ يصح ما ادَّعَاهُ مِنْ غَيْرِ حجةٍ.

١١٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ لِعَبْدينِ لَهُ

---

(١) متفق عَلَيْهِ رواه البخاري برقم/ ١٣٣٥/ ، ومسلم برقم/ ١٣٣/ بلفظ (أمرتُ أنْ أقاتلَ النّاسَ حَتَّى يقولوا لَا إلهَ إِلَّا اللهُ فَإِذَا قالوا لَا إلهَ إِلَّا اللهُ عصموا منّي دماءهمْ وأموالهمْ إِلَّا بحقّها وحسابهمْ عَلَى اللهِ)، وغيرهما.

أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ إِنَّ رَجُلاً شَجَّ العَبْدَيْنِ جَمِيْعاً شَجَّةً شَجَّةً ثُمَّ قِيلَ لِلمَوْلَى: أَوْقِعْ العتقَ عَلَى أَحَدِهِمَا فَأَوقَعَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا؛ قَالَ: أَرْشُ الشَجَّتينِ لِلمَوْلَى.

لِأَنَّ العتـق إِنَّمَـا أضيف إِلَى أَحَدهمَـا غير متعينٍ، وللبيان حكم الإنشـاء مِنْ وَجْـهٍ، وحكم الإظهار مِنْ وَجْهٍ فَصَارَ قاصراً مِنْ وَجْهٍ ظاهراً مِنْ وَجْهٍ فبقي الطرف منفصلًا عَلَى صفة الـرق فَلَمْ يصح إيجاب الحرية فِيهِ مِنْ بَعْدِ، وَلَهُذا أوجب أَرش العبدين فيهما.

ولمـا كَانَ كَذَلِكَ وجب أَرشـهما لِلمَوْلَى وَهَذَا بخلاف مـا إِذَا قتلهما رجلٌ واحدٌ فَإِنَّهُ يغرم قيمة عبد ودية حر، وَلَمْ يُجعل كَذَلِكَ فِي ضمان الشجتين والجاني واحدٌ أَيْضَاً، والفرق بينهما أَنَّ العتق أضيف إِلَى أَحَدهمَا بيقين، فَصَارَ القاتلُ قاتلًا للحـر بيقين [أَيْضَاً][1] فلزمه ديته، وَهَذَا لِأَنَّ القتل يلاقي محل العتق، فأمَّا الطرف فَلَيْـسَ بمحل للعتق، وَإِنَّمَا يثبت فِيهِ حكمه تبعاً فَـلَا يثبت قبل ثبوته فِي العين من كل وجـهٍ، والطرف إِنَّمَا يتبع العيـن لَا محالة فقبل أن يثبت فِي العتق من كل وجهٍ لَمْ يثبت فِيمَا يتبعه فَصَارَ مقطوعاً عَلَى حكم الرق.

١١٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ يُقتل عَمْدَاً وَلَهُ ابْنَـانِ أَحَدُهُمَا غَائِبٌ، فَأَقَامَ الحَاضِرُ بينَةً عَلَى قَاتِلِ أَبِيهِ ثُمَّ قَدمَ الغَائِبُ؛ قَالَ: آمُـرُهُ أَنْ يُعِيدَ الْبَيِّنَـةَ. وإِنْ كَانَ القَتْلُ خَطَأً لَمْ آمُرْهُ أَنْ يُعِيـدَ الْبَيِّنَة، وَكَذَلِكَ الدَّينُ. أَمَّا الدَّينُ إِذَا كَانَ لِلمَيِّتِ عَلَى النَّاسِ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بِذَلِكَ بينة فَحَكَمَ بِهِ القَاضِي ثُمَّ حَضَرَ الآخَرُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الْبَيِّنَة.

---

(١) فِي ب

لِأَنَّ الْمَال موروثٌ عن الميت فيقع الإثبات للميت، وأحد الورثة خصمٌ عن الميت فصح مِنْهُ إثبات الكل ثُمَّ يلقاه الورثة مِنْهُ.

وَكَذَلِكَ الخطأ موجبٌ للمال وَهُوَ موروثٌ عن الميت كغيره من الأموال.

فأمَّا إِذَا كَانَ عَمْدَاً فَكَذَلِكَ عندهما لِأَنَّ الواجب بالعمد القِصَاص وَهُوَ موروث أَيْضَاً عن الميت يجري فِيهِ سهام الورثة بِمَنْزِلَةِ البدل الآخر، فَإِذَا لَمْ يكلف إعادةَ الْبَيِّنَة فِي أحد بدلي الدم لَمْ يُكلف فِي الآخر أَيْضَاً.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: بأنَّ هَذَا الحاضرَ أثبت حق نفسه فَلَا يثبت بِهِ حق غيره، كما لو ادَّعَى رجلٌ عَلَيْهِ أَنَّهُ قتل أباه وأقام الْبَيِّنَة، ثُمَّ ادَّعَى رجلٌ آخر لَيْسَ أخاً لِلْأَوَّلِ بِأَنَّهُ قتل أباه أَيْضَاً أَنَّهُ يحتاج إِلَى الْبَيِّنَة، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ القِصَاص واجبٌ للورثة ابتداء من حيث أَنَّهُ حقٌ لَا ينتفع بِهِ الميت فَلَمْ يصح إيجابه لَهُ فقام الوارث فِي ذَلِكَ مقامه.

ولما كَانَ واجباً لهم ابتداء مِنْ وَجْهٍ احتيج إِلَى إعادة الْبَيِّنَة عَلَى هَذَا الوجه، وَلَمْ يصح استيفاؤه مع الشبهة، وَلَا يلزم أنَّ القِصَاص مَتَى صَارَ مَالاً صَارَ موروثاً لِأَنَّهُ إنما لَمْ يورث لعدم الفائدة، وَقَدْ صَارَ ذَلِكَ مفيداً وَهُوَ كالموصَى لَهُ بالثلث لَا حق لَهُ فِي القِصَاص، وَإِذا صَارَ مَالاً وجب لَهُ ثلثه لما قلنا.

وَقَدْ ذكرنا أنَّ السائق يضمن كما يضمن الراكب.

١١٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَرْسَلَ صَيْدَاً أَي بَازِياً فَأَصَابَ فِي فَوْرِهِ ذَلِكَ؛ قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

ومعنى قولَهُ: (أرسل صَيْدَاً) أي بازياً.

والصيد مصدر، والمصدر يجوز أن يقوم مقام الفاعل كما يقوم مقام المفعول، فيسمى الَّذِي يصيد صَيْدَاً كما يسمى الَّذِي يصاد صَيْدَاً.

وتفسير هَذَا: أنَّ البازيَّ إِذَا قتل صَيْدَاً مَمْلُوكَاً حل ذَلِكَ إِذَا كَانَ البازيُّ معلّماً، وَلَا يضمنه الَّذِي أرسله.

ثُمَّ قَالَ: وَكَذَلِكَ إِذَا أرسل كلبه إرسالًا وَلَمْ يكن سائقاً لَهُ فأصاب فِي فوره لَمْ يَضْمَنْ(١)، فرق بين الحل وبين الضمان.

(١) م: قَالَ العلامة البدر العيني: م (قَالَ) ش: أي محمد ﷺ فِي «الجامع الصَّغِير»: م: (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا) ش: قَالَ الصدر الشهيد ﷺ وغيره: أراد بالبهيمة الكلب. وأراد بكونه سائقا أن يكون خلفه م: (فأصابت فِي فورها) ش: أي فِي فور الإرسال. فإن قتل صَيْدَاً مَمْلُوكَاً م: (يضمنه، لأن الفعل انتقل إِلَيْهِ بواسطة السوق). [أرسل طيرا وساقه فأصاب فِي فوره]: (قَالَ) ش: أي محمد ﷺ فِي «الجامع الصَّغِير»: م: (وَلَوْ أرسل طيرا وساقه، فأصاب فِي فوره، لَمْ يَضْمَنْ. والفرق) ش: بين المسألتين: م: (أن بدن البهيمة يحتمل السوق) ش: فاعتبر سوقه والطير لَا يحتمل السوق م: (فَصَارَ وجود السوق وعدمه سواء بِمَنْزِلَةٍ) ش: وَاحِدَة. وَلَهُذا: لو أَدْخَلَ بازيا فِي الحرم أَوْ صقرا وأرسله فجعل يقتل حمام الحرم لَا يلزمه شيء. لأن الباز لَا يحتمل السوق. وَلَوْ أشلى كلبا عَلَى رجل حَتَّى عقره أَوْ مزق ثيابه لَا يضمن لأن بسوقه أراد بِهِ إِذَا كَانَ خلفه لما مر، وقيل: إِذَا لَمْ يَكُنْ خلفه، فعقر وتعلق بإنسان إن كَانَ غير معلم لَا يضمن، لأن غير المعلم إنما يذهب بطبع نفسه لَا بالإرسال وإن كَانَ معلما، فإن ذهب يمينا وشمالا وعن الوجه الَّذِي أرسله ثم أتلف إنسانا لَا يضمن. لأنه لَا يضاف إِلَى السائق، وإن أصابه من الوجه الَّذِي ساقه وأرسله كَانَ ضامنا. لأنه ذهب بإرسال صاحبه، فَكَانَ مضافا إِلَى المرسل. كذا ذكر فخر الدين قاضي خان اهـ. البناية شرح الهداية ١٣/ ٢٦٦.

فـإن فعل الكلـب والبازي فِي حق الحـل أُضيف إِلَى الَّذِي أرسـلهما، وَلَمْ يُجعل فِي حق الضمان كَذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ رجلٌ أشلى[1] كلبه [عَلَى رجلٍ][2] حَتَّى عقره أَوْ مزق ثوبه لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا أن يسوقه.

والفـرق أنَّ البازيَّ والكلب عاملان باختيارهما وعمـل البهيمة هدر، إِلَّا أَنَّهُ يُنسـب إِلَى الَّذِي أرسـله فِي حق إباحة الصيد للضرورة والحاجة، وَلَا ضرورة فِي التعدي وَلَا نيابة فِيهِ أَيْضاً، وعند الاختيار لَا بُدَّ من إثبات النيابة، وإِنْ كَانَ سائقاً فِي المسـألتين جَمِيْعَاً ضمن ما أتلفه الكلب، وَلَمْ يضمن ما أتلفه البازي، لِأَنَّ الكلب يحتمل السـوق كسائر الدواب، وَأَمَّا البازي فَلَا يحتمل ذَلِكَ فهدر سوقه، ذكر هَذَا الفرق فِي الزيادات.

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ أوجب الضمان فِي أموال الناس فِي هَذَا كله خطأً[3].

١١٢٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي عبـدٍ أُعتقَ، ثُمَّ قَالَ لِرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَأً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الرَّجُلُ: بَلْ قَتَلتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ.

فَالْقَـوْلُ قَوْلُ العَبْد إِذَا عُلم أَنَّـهُ كَانَ عَبْدَاً فأعتق، لأَنهما اتفقا عَلَى براءته لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَتَلَه وَهُوَ عبد فإِنَّ الضمان عَلَى مَوْلَاهُ قيمته أَوْ الفداء، وإِنْ كَانَ بعد الإعتاق

(١) فِي ب: أشار، والمقصود أهاج.

(٢) فِي ب

(٣) دية الخطأ.

فَذَلِـكَ عَلَى عَاقِلَـةِ مَوْلَاهُ، وإِنْ كَانَ حراً فَذَلِكَ عَلَى عاقلته أَيْضَاً، فإِنْ كَانَ لَا عاقلة لَهُ فعَلَيْهِ حينئذٍ.

فإِنَّ العَبْد أنكر الضمان ههنا أصلًا لما نسـبه إِلَى حالةٍ معهودةٍ لِأَنَّهُ لَا يتصور وجـود الضمان فِي قتل الخطأ عَلَى العَبْـدِ فِي حال رقه بحال، فَلِذَلِكَ جَعَلَ القولُ قولَهُ بِالْإِجْمَاعِ.

قَـالَ: وَلَوْ أَعْتَقَ أمته ثُمَّ قَالَ لَهَا: قطعت يدك وأنت أمتي، وقالت: بَلْ قطعتها بعد ما أعتقتني، فإِنَّ القول قول الْجَارِيَة، وَكَذَلِكَ ما أُخذ مِنْهَا إِلَّا الوطء والغلةَ، إِذَا قَـالَ: (جامعتك وأنت أمتي) أَوْ (أخذت مِنْكَ الغلـة وأنت أمتي) وقالت: بَلْ كَانَ ذَلِكَ بعد العتق، فإِنَّ القولَ قولُ الْمَوْلَى، وَهُوَ قول أَبِي يُوسُفَ.

وَقَـالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي الـكل: القول قول الْمَوْلَى، وجـه قول محمد رحمه الله: أنَّ المقر أضاف الفعل إِلَى حالٍ معهودةٍ، تلك الحال تنافي الضمان فَكَانَ القولُ قولَهُ كما فِي مسألة الوطء والغلة.

ووجـه قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ رحمهما الله: أنَّ المقر أضـاف الفعل إِلَى حال لَا ينافـي الضمـان، لِأَنَّ الْمَوْلَى قَدْ يقطع يد العَبْد وَقَدْ يُتلف مال العَبْد فيضمن بأَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ دينٌ بخلاف الوطء والغلة، لِأَنَّهُ غير مضمونٍ بحالٍ وإِنْ كَانَ عَلَيْهَا دينٌ، فَلِذَلِكَ جَعَلَ القول قول المقر.

١١٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقْطَعُ يَدَهُ عَمْدَاً فَيَقُـولُ المَقْطُوعَـةُ يَدُهُ: عَفَوتُ عَـنْ القَطْعِ ثُمَّ مَاتَ مِنْهَا؛ قَـالَ: عَلَى القَاطِعِ

الدِّيَةُ فِي مَالِهِ. وَلَوْ قَالَ عَفَوتُ عَنْ القَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ، فَهَذَا عَفْوٌ وَلَا شَيْءَ عَلَى القَاتِلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ عَفُوتُ عن الجِنَايَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: العَفْو عَنْ القَطْعِ عَفْوٌ عَنْ القَتْلِ وَالنَّفْسِ وَكُلُّ شَيْءٍ يَحْدُثُ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ الاخْتِلَافُ فِي الضَّرْبَةِ وَالشَّجَّةِ وَالجِرَاحَةِ وَاليَدِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وَكَذَلِكَ الاختلاف فِي الصلح والتزوج.

واحتجا بأَنَّ العفو مَتَى أُضيف إِلَى القطع وَمَا أشبه ذَلِكَ، فإِنَّما يراد بِهِ موجبه لِأَنَّ نفس الفعل لَا يحتمل العفو، وموجبه أحد الشيئين ضمان الطرف إن اقتصر، وضمان النفس إن سرى فوجب أن يتناول أيهما وجد كما فِي مسألة الْجِنَايَة.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: بأَنَّ هَذَا العفو وقع عن غير حقه فيبطل كما لو قَالَ: لَا قَطْعَ لِي قِبَل فلان أَنَّهُ لَا يوجب البراءة عن النفس، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ موجب القطع هُوَ ما شرع فِي ضمان الطرف.

وَأَمَّا ما يجب فِي النفس فَلَيْسَ بموجبه بَلْ هُوَ موجبُ القتل فتبين أَنَّ حقه فِي شَيْءٍ وَقَدْ سمّى غيره فبطل تصرفه، ولما بطل العفو وجب القِصَاص فِي القياس كَانَ العفو لَمْ يوجد.

وَفِي الاستحسان تجب الدِّيَة فِي مَالِهِ لِأَنَّ العفو قَدْ أضيف فِي الظاهر إِلَى حقه فَصَارَ شبهة.

١١٢٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي عبدٍ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدَاً فَدَفَعَ العَبْدُ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ المَقْطُوعَةُ يَدُهُ

مِنْ ذَلِكَ؛ قَالَ: العَبْدُ صُلْحٌ بالْجِنَايَةِ، وَإِنَ لَمْ يُعتقْهُ رُدَّ العَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ، وَيُقَالُ لِلأَوْلِيَاءِ إِمَّا أَنْ تَقْتلُوهُ وَإِمَّا أَنْ تَعْفُوا عَنْهُ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ، وهذه هِيَ المعروفة، وذكر فِي بعض نسـخ هَذَا الْكِتَاب هَذِهِ المسألة عَلَى خلاف هَذَا الوضع:

وَقَـالَ: فِـي رَجُلٍ قَطَعَ يـد رجلٍ عَمْـدَاً فصالح القاطعُ المقطوعـة يده عَلَى عبد ودفعه إِلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ المقطوعة يده ثُمَّ مَاتَ من ذَلِكَ، قَالَ: العبدُ صلح بالْجِنَايَة، وَإِنَ لَـمْ يعتقـه رده عَلَى مَوْلَاهُ وقيل للأوليـاء إمَّا أن تقتلوا وإمَّـا أن تعفوا، فاتفق الجواب واختلف السؤال، وهذه أَيْضَاً من الخواص، وهذه المسألة والْأُولَى حجةٌ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي الاختلاف الَّذِي بينا، فذكر بعض مشـايخنا فِي الجواب أَنَّ المسـألة موضوعةٌ فِي الْجِنَايَـة، وَإِنَّمَا أخذوا ذَلِكَ من قولـهُ العَبْد صلح بالْجِنَايَة، وَهَـذَا التأويل باطل لِأَنَّهُ لو كَانَ كَذَلِكَ لصح الصلح أعتقه أَوْ لَمْ يعتقه، ولما فصل الصلح وجعل للأولياء حق القِصَاص فبطل هَذَا التأويل.

وَقَالَ بعضهم: إنَّ هَذَا صلحٌ فاسـدٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فأوجب الملك فصح إعتاقـه، وَهَذَا لَيْسَ بِشَـيْءٍ لِأَنَّ هَذَا الصلح باطلٌ أصلًا عنـد أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَإِنَّمَا تبقى صورته شبهة لَا أَنْ يَكُونَ فَاسِدَاً.

وَلَـوْ كَانَ عَلَى هَـذَا الوجه لوجب عَلَـى المعتِق قيمة العَبْد الَّـذِي أعتقه رداً للفاسد، ووجب عَلَى الآخر الدِّيَة، ولكن إِذَا لَمْ يعتقه رُد العَبْد فَلَا يجب القِصَاص لِأَنَّ الفاسد لَا بُدَّ من أن يصير شبهة.

وَإِنَّمَا الجواب الصحيح أنَّ الدفع فِي المسألة المعروفة باطلٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لِأَنَّـهُ دَفَعَ بالقطع الَّـذِي كَانَ موجبه الْمَال، فَلَمَّا سـرى صَارَ موجبه القِصَاص

فَلَـمْ يكن الدفـع فِيهِ حكماً [لكن المقطوعة يـده إِذَا أعتقه مع علمه أَنَّهُ إِذَا سـرى بطل الدفع][1] وبطل إعتاقه كَانَ ذَلِكَ دلالةً مِنْهُ عَلَى ابتداء الصلح عَلَى رقبة العَبْد مِمَّـا يحدث تحقيقاً لما قصده، وَأَمَّا الْمَوْلَـى فَهُوَ راضٍ بِهِ ظاهراً لِأَنَّهُ لمَّا رضي بِهِ جـزاء عن القليل ففي الكثير أحق وأولى فجُعل الإعتاق دلالة عَلَى ابتداء الصلح، والجاني راضٍ بِذَلِكَ أَيْضَاً لما قلنا، فانعقد صلحاً مبتدأ، وَإِذا عُدم الإعتاق عُدمت دلالة الابتداء وبقيت الشبهة فِي حق وجوب القِصَاص أَنَّ العقد الثَّانِي إِذَا لَمْ يتحدد وبطل الْأَوَّل فَلَمْ يصر ذَلِكَ الْأَوَّل شبهة، والجواب عَنْهُ.

أَمَّا فِي المسـألة المعروفة فالجواب سـهل لِأَنَّ الدفع لَيْسَ بتصرفٍ مبتدأ بَلْ هُوَ تسليم الواجب، فَإِذَا بطل الواجب بطل التسليم أصلًا فَلَا يبقى ما يصلح شبهة فوجب القود.

وَأَمَّـا فِي المسـألة الأُخْرَى وَهِيَ مسـألة الصلح عَلَى رقبـة العَبْد عن جناية مَوْلَاهُ، فَإِنَّهُ مُشكل الحكم بالقصاص.

وَقَالَ مشـايخنا ﷺ: لَا نعرف لهذا تأويلًا، إِلَّا أَنَّهُ يُحمل جواب هَذَا الْكِتَاب عَلَى القياس أَنَّهُ يجب القِصَاص، وَفِي الاستحسـان تجـب الدِّيَة كما ذكر فِي هَذَا الْكِتَاب وَفِي غَيْرِه.

١١٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي المَعْتُوهِ يَكُونُ لَهُ الأَبُ فَيقْتُـلُ رَجُلٌ وَلِيَّهُ [عَمْـدَاً][2]. قَالَ: لِلأَبِ أَنْ يَقْتُـلَ وَأَنْ يُصَالِحَ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

يَعْفُـو، وَكَذَلِكَ إِنْ قُطِعَتْ يَدُ المَعْتُوهِ[١] عَمْدَاً، وكَذَلِكَ الْوَصِّي فِي ذَلِكَ كلِّهِ إِلَّا القَتَلَ فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْتُلَ.

وحاصل هَذَا الفصل أنَّ الروايات اتفقت فِي الأب أَنَّهُ يستوفي فِي القِصَاص فِـي النفس وَمَا دونها، وأنَّه يصالح فِـي البابين جَمِيْعَاً، [وَلَا يصح عفوه فِي البابين جَمِيْعَاً][٢] واتفقت الروايات فِي الْوَصِيّ أَنَّهُ لَا يَمْلِك استيفاء النفس وأنَّه يَمْلِك ما دونها، وأنَّه يَمْلِـك الصلح فِيمَا دونها، وَلَا يَمْلِك العفو فِي البابين، وَإِنَّمَا اختلفت الروايات فِي الْوَصِيّ فِي فصلٍ وَاحِدٍ وَهُوَ صلحه فِي النفس عَلَى مال، فَقَالَ ههنا: يصح صلحه، وَقَالَ فِي كِتَاب الصلح: أَنَّهُ لَا يصح.

أَمَّا الأب فَإِنَّهُ يسـتوفي القِصَاص بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّ القِصَاص شرع للتشفي ودرك الثأر، وَذَلِكَ راجع إِلَى النفس، وللأب ولاية عَلَى نفسه، والأب لقربه وكمال شفقته يُنـزَّل منزلة الْوَلَد فِي التشـفي ودرك الثأر، وَهَذَا أمرٌ معهـودٌ من الآباء، وَأَمَّا الصلح فلأنَّه أنفع للصغير والمعتوه من الاستيفاء، فَلَمَّا ملك الاستيفاء كَانَ الصلح لَهُ أولى.

وَأَمَّـا العفو فَلَا يملكـه لِأَنَّهُ إبطال لحقِّه، وَأَمَّا الْوَصِيّ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِك اسـتيفاء القِصَـاص فِي النَّفس لما قلنا أَنَّـهُ فائت[٣] الولاية عَلَى النفس، وَلَيْسَ للوصي هَذِهِ الولاية لِأَنَّهُ لَا ينزل منزلته فِي التشفي ودرك الثأر ويملك استيفاء ما دون النفس.

والقياس أن لَا يملكه لِأَنَّهُ عقوبةٌ مثل النفس يراد بِهِ ما يراد بالآخر.

وجه الاستحسـان: أنَّ الطَرَف لما كَانَ تبعاً للنفس ويصلح وقاية لَهَا كالمال

---

(١) وَكَذَلِكَ فِي الصَّغِير. حاشية أ

(٢) فِي ب

(٣) فِي أ: فات الولاية

وَقَـدْ أجاز أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ القضاء بالنكول لما قلنا أَنَّهُ [ألحق بِهِ فِي هَذَا البَابِ فقيل للقاضي استيفاؤه، وَإِذا ملك الاستيفاء فالصلح عَنْهُ أولى][1] لما قلنا أَنَّهُ أنفع، وَأَمَّا العفو فَلَا يُشكل أَنَّهُ باطلٌ.

وَأَمَّـا الصلح فِي النفس فَلَا يصح فِي [روايـة][2] كِتَاب الصلح من الْوَصِيّ، لِأَنَّ الصلح بِمَنْزِلَةِ الاستيفاء، ولما كَانَ الاستيفاء تصرفاً فِي النفس كَانَ الاعتياض عَنْهُ ملحقاً بِهِ.

ووجه هَذِهِ الرواية: أَنَّ اسـتيفاء القِصَاص لَيْسَ باستيفاءٍ للمال، بَلْ المقصود مِنْـهُ درك الثأر وَذَلِكَ لَا يحصل باسـتيفائه فبطل لفـوات المقصود، فأَمَّا المقصود بالصلح فمنفعة الْمَال، وَذَلِكَ حاصلٌ بعقده كما يحصل بعقد الأب، فوجب القول بصحته، والصحيح فِي القَاضِي أَنَّهُ مثل الأب.

أَلَا تَرَى أَنَّ أصحابنا ﷺ قالوا فِي رَجُلٍ قُتل عَمْدَاً وَلَا ولي لَهُ أَنَّ للسلطان أَنْ يَقْتُلَ قاتله، وَلَهُ أن يصالح؟

وَكَذَلِكَ قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ فِي الرَّجُلِ اللقيط.

١١٢٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُقتلُ عَمْدَاً وَلَهُ وَرَثَـةٌ صِغَارٌ وَكِبَارٌ؛ قَالَ: فَلِلكِبَارِ أَنْ يَقْتُلُوهُ قَبْلَ أَنْ يَكبَرَ الصِغَارُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: لَيْسَ لَهُم أَنْ يَقْتُلوهُ حَتَّى يَكبرَ الصِغَارُ.

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

واحتجا بأنَّ الصغار شريكُ الكبار فِي هَذَا الحق إذ الحق مشترك بينهم.

فكَانَ للكبار بعضُ الحق والبعض لَا يصلح للاستيفاء، وَإِنَّمَا الاستيفاء حكم الكل.

ووجه قول أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ القتل غيرُ متجزئ، فَإِذَا ثبت لجماعة لَمْ يستقم أن يثبت مشتركاً، وَهُوَ لَا يقبله، فوجب أن يثبت لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم كَانَ لَيْسَ مَعَهُ غيره، كولاية النكاح وولاية الأمان إِذَا ثبت لجماعة ثبت لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم عَلَى الكمال كَانَ لَيْسَ مَعَهُ غيره، كَذَلِكَ ههنا، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ انفرد كل وَاحِدٍ منهم باستيفائه.

١١٢٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ غَصَبَ صَبِياً فَمَاتَ عِنْـدَهُ بِحُمَّى أَوْ فَجْأَةٍ فَـلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنَ أَصَابَتْهُ صَاعِقَةٌ أَوْ نَهسَـتهُ حَيَّةٌ فَعَلَى الغَاصِبِ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ. أَمَّا إِذَا مَاتَ بِحُمَّى أَوْ فَجْأَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

لِأَنَّ الموت بالحمى سماويٌ محضٌ فَلَا يضاف إِلَى الغاصب، فَلَا يبقى إِلَّا غصبه.

والحـر لَا يُضمن بالغصـب وَإِنَّمَا يُضمن بِهِ الْمَـال، وَأَمَّا إِذَا مَـاتَ بآفةٍ فَإِنَّهُ يضمـن عندنـا خلافاً لزفر ﷺ فَإِنَّهُ قَـالَ: لَا يضمن لِأَنَّهُ إِنَّمَـا يضمن بالغصب فِي الحاصل لو ضمنه، والحر لَا يضمن بِهِ، وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ بأنَّ الغاصب سبب للتلـف وَهُوَ فِيهِ متعدٍ فيضمن ما تلف بِهِ كالذي يحفر بِئْرَاً فِي الطَّرِيق أَنَّهُ يضمن ما وقع فِيهِ لما قلنا، وكان هَذَا خطأً مِنْهُ فوجب عَلَى عاقلته.

١١٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي قَومٍ اقْتَتلُوا فَأُجْلَوا عَنْ

قَتِيـلٍ؛ قَالَ: هُوَ عَلَى أَهْل المحَلَّةِ لما قُلنَا إِنَّ حِفْظَ المحَلَّةِ عَنْ مثل ذَلِكَ وَاجِبٌ عَلَيْهِـم، فَإِذَا لَمْ يُعـرفْ مَنْ بَاشَرَهُ جَعَلَ عَلَيْهِم القِسَـامَةَ وَالدِّيَةَ. قَالَ: إِلَّا أَنْ يَدَّعِي أَولِيَـاؤهُ عَلَى أُولَئكَ أَوْ يُعرفَ رَجُلٌ بِعَيْنِهِ فَـلَا يَكُونُ عَلَى أَهْل المحَلَّةِ، وَلَا عَلَى أُولَئِـكَ شَيءٌ حَتَّى يُقِيموا الْبَيِّنَةَ[1]، أَمَّا إِذَا ادَّعُوا عَلَى أُولِئكَ يَعْنِي عَلَى طَائِفَةٍ مِنْهُم يَضْمَنُ ذَلِكَ بَرَاءَةُ أَهْل المحَلَّةِ.

وقولَـهُ: (أَوْ يعرف رجل بعَيْنِهِ) يعني بِهِ فِـي الدَّعْوَى لَا فِي ظهور القتل عَلَيْهِ وَهُـوَ رجلٌ بِعَيْنِـهِ من أولئك الَّذِي اقتتلوا لَا من أَهْل المحلـة، وَلَوْ كَانَتْ الدَّعْوَى عَلَـى وَاحِدٍ من أَهْل المحلة لَمْ يتضمن ذَلِكَ بـراءة أَهْل المحلة إِذَا لَمْ تقم الحجة عَلَى الرَّجُل الَّذِي عينوه[2]، لِأَنَّ القسـامة تدل عَلَى أَنَّ القاتل منهم فتعيينه منهم لَا ينافيه، ومن غيرهم ينافيه.

---

(١) قَـالَ المحقق ابن عابدين وكتبت فِي رد المحتار فِي باب القسـامة: لـو ادَّعَى الولي عَلَى رجل من عير أَهْل المحلة وشهد اثْنَانِ منهم عَلَيْهِ لَمْ تقبل عندهم، وقالا: تقبل...
نقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي أنه قَالَ: توقفت عن الفتوى بقول الإمام ومنعت من إشـاعته لما يترتب عَلَيْهِ مـن الضرر العام، فإِنَّ من عرفه من المتمردين يتجاسـر عَلَى قتـل النفـس فِي المحلات الخالية مِنْ غَيْـرِ هلها معتمداً عَلَى قبول شـهادتهم عَلَيْهِ، حَتَّى قلـت يَنْبَغِـي الفتوى عَلَى قولَهُما، والأحكام تختلف باختلاف الأيام. شـرح عقود رسـم المفتي١/ ٤٥ وَمَا بعدها

(٢) لِأَنَّ وجود القتيل فِي المحلة لوجوب القسـامة والدية شـرعاً، فَكَانَ أَهْل المحلة بوجود القتيـل فِيهَا معتديـن بالخطأ، والولي ادَّعَى العهـدة عَلَى رجل بِعَيْنِهِ فَـلَا يكون إبراءاً عن موجب القتل فِي مسألة تجب الدِّيَة.
وروى ابـن المبارك عن أَبِـي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَه يبرأ أَهْل المحلة لأن جميع ذَلِكَ ثابت بخلاف القياس فِي حال لَا يعرف لَهُ قاتل وَقَدْ عرف هنا وجوابه ما بينا. حاشية أ

١١٣٠- **مَسْأَلَةٌ**

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي الْمُكَاتَبِ يَقْتُلُ عَبْدَهُ عَمْدَاً؛ قَالَ: لَا قَوَدَ فِيهِ.

والمسألة عبارتان: يَقتلُ عبده ويُقتلُ عبده.

أَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى: فإنَّما لَمْ يوجب القود لِأَنَّ للمكاتب شبهة الملك فِي اكتســابه فمنع ذَلِكَ وجوب القود عَلَيْهِ، هَذَا اذَا كَانَتْ المســألة فِي الْمُكَاتَبِ يَقتلُ عبده فَكَانَ الْمُكَاتَب قاتلًا عبده.

فأمَّــا إِذَا كَانَ لفظ الرواية فِي الْمُكَاتَبِ (يُقتل عبده عَمْدَاً فَإِنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهِ) إِنْ كَانَ قتلــه غيرُ الْمُكَاتَب، وَقَــدْ نص فِي كِتَاب العتاق وغيره فِي عبد الْمُكَاتَب أَوْ ابنه يقتل أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، وعلل فِيهِ بأني لَا أدري أَنَّهُ لِلمَوْلَى أَوْ للمكاتب.

بيانه: أنَّ القتيل فِي الابتداء حق الْمُكَاتَب لِأَنَّهُ عبده وَهُوَ أحق بِهِ وللمولى فِيهِ حــق الملك أَيْضَاً، حَتَّى لَمْ يَجُزْ نكاحه أمته، فمن هَذَا الوجه اشــتبه فبطل حَتَّى لَا يقتل وَإِنَ اجمعا عَلَيْهِ.

وَأَمَّا ابنه إِذَا قتل عَمْدَاً فَلَا قِصَاصَ فِيهِ لِأَنَّ رقبته لمَوْلَاهُ ولكن مكاسبه للأب فَصَارَ للمكاتب فِيهِ حق، فَصَارَ الْمُكَاتَب فِي ابنه كالْمَوْلَى فِي عبد الْمُكَاتَب وصار الْمَوْلَى فِي عبده الْمُكَاتَب كالمكاتب فِي ابنه.

ونظيره أنَّ عبد العَبْد المأذون إِذَا قتل عَمْدَاً وَعَلَى الأوّل دينٌ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهِ وَإِنَ اجتمع الْمَوْلَى والعبد والغرماء مَعَاً قلَّ الدين أَوْ كثر، ذكر ذَلِكَ فِي المأذون.

أَمَّا إِذَا قلَّ الدين فالملك لِلمَوْلَى وللغرماء فِيهِ حق أَيْضَاً فاشــتبه الولي، وَإِنَ كثر الدين فَكَذَلِكَ عندهما.

وَأَمَّـا عند أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ فَلَا ملك لِلمَوْلَى وَلَا للغرماء وَلَا للعبد، وَلَا يجب باجتماعهم لِأَنَّ الجهالة أبطلت القِصَاص، ونظيره أَيْضاً العبدُ الرهنُ[1] إِذَا قتل أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِنَ اجتمع الراهن والمرتهن.

لِأَنَّـهُ فِي الابتداء حـق الراهن لَكِنَّهُ مَتَى قتل فوجب لَـهُ القِصَاص صَارَ ناوياً وصـار للمرتهن، ولأَنَّ اليد لَهُ فَصَارَ مشـتبهاً أَيْضاً ونظيـره الْمُكَاتَب إِذَا قتل عَمْدَاً وَتَرَكَ وفاء لَهُ ورثه غير الْمَوْلَى فَإِنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ.

وإِنْ كَانَ لَا وارث لَـهُ غير الْمَوْلَى فَكَذَلِـكَ عند محمد ﷺ، وعند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ [يجب][2].

١١٣١- وَكَذَلِـكَ رجلٌ قَطَعَ يد عبدٍ عَمْدَاً ثُمَّ أعتقـه مَوْلَاهُ ثُمَّ مَاتَ وَلَهُ وارث غير الْمَوْلَى فَلَا قَوَد فِيهِ بِالْإِجْمَاعِ.

وإِنْ كَانَ لَا وارث لَهُ غيره، فَكَذَلِكَ عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، ونظيره العَبْـد المبيـع إِذَا قُتل قبل القبض فَقَدْ روى الحسـن بن زياد عن أَبِـي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهِ عَلَى القَاتِلِ سواءٌ أجازه الْمُشْتَرِي أَوْ نقضه، لَا لِلبَائِعِ وَلَا لِلْمُشْتَرِي لِأَنَّ الحق فِي الابتداء لِلْمُشْتَرِي من طريق الملك، وللبائع يد الملك.

وروى أَبُو يُوسُـفَ عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ الْمُشْتَرِي إن أجاز فَلَهُ أن يقبض إِذَا أَدَّى الثَّمَـن لما عرف أن لَيْسَ لِلبَائِعِ يدٌ مسـتحقة بخلاف الرهن، وَإِنَ فسـخ البيع فللبائع القِصَاص.

---

(١) أي المرهون.

(٢) فِي ب

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷫: فِي هَـذِهِ الرواية: (لِلْمُشْـتَرِي القِصَاص ولَا قِصَاصَ لِلبَائِعِ إِذَا نقص البيع).

ونظيره رجل دَفَعَ ألف دِرْهَم مُضَارَبَةً فاشْـتَرَى بِهَا المضاربُ عَبْدَاً يسـاوي ألفي دِرْهَم فقُتل عَمْدَاً فَلَا قِصَاصَ فِيهِ لِأَنَّهُ مشـتركٌ فِي الابتداء، وَفِي الانتهاء بطل حق الْمُضَارِب إِذَا لَمْ يخلص رأس الْمَال، وَلَوْ اشْـتَرَى ببعض الألف عَبْدَاً يساوي أَلْفَـاً فقُتِـل عَمْدَاً فَـلَا قِصَاصَ فِيهِ لِأَنَّهُ فِـي الحكم مِلكُ رَبِّ الْمَـالِ، وَفِي التقدير للمضارب فِيهِ حق الملك.

وذكر فِـي كِتَاب الزيادات: فِي رَجُلٍ كفل بعبـدٍ ادَّعَاهُ رجلٌ وجحد المدعى عَلَيْـهِ، فَأَقَامَ المدعى عَلَيْـهِ الْبَيِّنَة وَقَدْ أبق العَبْد، فقضى القَاضِـي لَهُ بالضمان وَقَدْ كفل بِغَيْرِ أَمَرَ الأصيل فقبل أن يقبض الطالب شَـيْئاً قُتل العَبْد عَمْدَاً، ثُمَّ إِنَّ الطالب ضمَّن أَحَدهمَا قيمته حَتَّى صَارَ العَبْد ملكاً للضامن لَمْ يجب القِصَاص، لِأَنَّ العَبْد فِي الابتداء كَانَ لَهُمَا لكونهما سـواءٌ عند التعارض ثُمَّ تعين لِأَحَدِهِمَا فِي الانتهاء فاشتبه ولي القَوَد أَيْضَاً.

وذكـر فِي الوصايا: فِي العَبْـد الموصى برقبته لِرَجُلٍ وبخدمتـه لآخر أَنَّهُ إِذَا قُتل عَمْدَاً فَلَا قِصَاصَ فِيهِ إِلَّا أن يجتمعا فيقتص بخلاف ما أحصينا من المسـائل، لِأَنَّ القِصَـاص يقابل ملك الرقبة دون المنفعة فَـكَانَ الولي متعيناً، إِلَّا أَنَّ صاحب الخدمة يتضرر بِهِ وينتفع بالمال لو اصطلحوا بشـرط رضاه، فأَمَّا فِيمَا سبق فالولي مشتبه فِي الأصل.

١١٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ قُتل عَمْدَاً وَلَهُ

وَلِيانِ أَحدُهُمَا غَائِبٌ، فَأَقَامَ القَاتِلُ بَينَةً عَلَى الحَاضِرِ أَنَّ الغَائِبَ قَدْ عَفَاهُ؛ قَالَ: الحَاضِرُ خَصْمٌ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ القِصَاصَ وَاحِدٌ.

وإنَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كالمتفرد بملكه فَهُوَ فِي حق القاتل واحد، فالقاتل يَدَّعِي عَلَى الحاضر بطلان حقه فِي القَوَد، وإنَّ حقه صَارَ مَالاً بعفو الغائب، فَلِذَلِكَ صَارَ خصماً لَهُ، فَإِذَا قَضَى عَلَيْهِ صَارَ الغائب مقضياً عَلَيْهِ نفعاً لَهُ، قَالَ: وَكَذَلِكَ العَبْد بين اثنين، لِأَنَّ القِصَاص ههنا واحدٌ مشتركٌ بينهما، فالقاتل يَدَّعِي بطلان حق الحاضر فِي القِصَاص وانتقاله إِلَى الْمَال فَصَارَ خصماً لَهُ، وصار الغائب مقضياً عَلَيْهِ.

١١٣٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْـداً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْداً قَبلَ أَنْ تَبْرَأَ يَدُهُ، فَإِنْ شَـاءَ الإِمَـامُ قَالَ لَهُ: اقْطَعْ يَدَهُ ثُمَّ اقْتلهُ، وَإِنْ شَاءَ قَالَ لَهُ: اقْتلهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﵀: يُقتَلُ وَلَا تُقْطَعُ يَدُهُ.

واحتجا بأَنَّ الجنايات إِذَا ترادفت مِنْ غَيْرِ تخلل برءٍ بينها جُعلت كجنايةٍ وَاحِدَة، كمن جرح رَجُلاً عِشْرِينَ موضحة خطأً مِنْ غَيْرِ برءٍ، وجعل الواجب فِي ثلاث سنين، وَلَمْ يتخلل بينها برءٌ جُعلت فِي سنة وخصوصاً القتل فَإِنَّهُ يمحو أثر القطع.

أَلَا تَرَى أَنَّهما لو كانا جَمِيْعَاً خطأً أَنَّ أرش الجرح لَا يجب؟ وكذا ههنا، فأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ ﵀ فَإِنَّهُ احتج بأَنَّ القِصَاص عقوبةٌ شرعت للزجر بصفة المماثلة، وَذَلِكَ كله يوجب استيفاءهما جَمِيْعَاً.

والجـواب: أَنَّ القتل يصلـح تحقيقاً لموجب القطع وَهُوَ السـراية، ويصلح ماحياً لَهُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ من قَطَعَ يد رجل ثُمَّ قتله آخر أنَّ حكم القطع فِي السـراية يبطل، وَإِذا احتمل الأمرين خيرناه؟

والدليل عَلَيْهِ أنَّ القطع يخالف القتل من حيث أَنَّهُ يشبه الأموال لما قلنا، لِأَنَّ الطـرف وقايةٌ للنفس بِمَنْزِلَةِ الْمَال، ولما اختلفا بطل الجمع بخلاف الخطأ لأنَّهما متفقـان ثمة، ولأنَّ المعتبر هناك جانب الواجب، واليـد تدخل فِي ضمان الجملة فَلَمْ تفرد إِذَا أمكن الجمع، والمعتبر ههنا جانب الفعل، فَلِذَلِكَ وجب أن يسـتوي فِي الفعل.

١١٣٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ فَيَعْفُـو لَهُ عَنْ اليَدِ [وَمَا يَحْدُثُ عِنْدَ السِّرَايَـةِ تَقَعُ عَنْ النَّفْسِ فَيُعتَبَرُ ضَمَانُ النَّفْسِ وِإِحْيَاءُ وَصِيَّةٍ مِنْ الثُلُثِ][(١)] وإِنْ كَانَ عَمْدَاً كَانَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ خطأً كَانَ من الثلث، فيعتبر خروج الدِّيَة من الثلث لِأَنَّ العفو عن اليد وَمَا يحدث عَنْهُ السـراية يقع عن النفس فيعتبـر ضمان النفس واجباً ثُمَّ وصيةً من الثلث لِأَنَّهُ تبرعٌ بالمال، وصحت لِأَنَّ منفعة الوصية رجعت إِلَى العاقلة.

أَمَّـا عَلَى قول من قَالَ من مشـايخنا ﷺ أنَّ الدِّيَة تلزمهم ابتداء فَلَا يُشـكل، فينجلـي قول من قَالَ: إِنَّهم تحملوا عَنْهُ فإِنَّما تحملوا بطريق الحوالة وبراءة القاتل فصحت، لِأَنَّ الوصية لهم أَيْضَاً.

---

(١) هَـذَا فِـي أ وَفِي ب: وَمَا يحدث عَنْهَا فيعفو ثم يموت قَالَ وصيته فِي الثلث وإِن كَانَ عَمْدَاً كَانَ من جميع الْمَال.

وَلَـمْ يذكر ما يخص القاتل من الدِّيَة، والوصيةُ بِذَلِكَ القدر باطلٌ لِأَنَّهُ حصل للقاتل[1].

وَقَالَ بعض مشـايخنا رحمهم الله: أنَّا لو أبطلنا ذَلِكَ رَجَعَ إِلَى العاقلة فتصح الوصية حينئذ، فوضعناه فِي الابتداء.

١١٣٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِي عَبْـدٍ لِرَجُلٍ رَمَاهُ رَجُلٌ بِسَهْمٍ ثُمَّ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ ثُمَّ أَصَابَهُ السَّهْمُ فَمَاتَ مِنْهُ؛ قَالَ: عَلَى الرَّامِي قِيمَتُهُ لِلْمَوْلَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: عَلَيْهِ فَضْلُ مَا بَينَ قِيمَتِهِ مَرْمِياً إِلَى غَيرِ مَرْمى، وقول أَبِي يُوسُفَ رحمه الله مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله رَوَى عَنْهُ الحَسَنُ رحمه الله، وَقَالَ زُفَرُ رحمه الله: عَلَيْهِ الدِّيَةُ.

وجه قول زفر رحمه الله: أنَّ الرمي إِنَّمَا صَارَ علةً عند الإصابة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الإتلاف لَا يَكُـون علة مِنْ غَيْرِ تلفٍ يتصل بِـهِ؟ وَقَدْ أُتلف بهذا الفعـل الحـرُ، فَلَمَّا تلف بِهِ الحـرُ كَانَ إتلافاً للحر وكيف يكون إتلافـاً للعبد وَقَدْ تلف بِهِ الحر، فإذاً يكون إتلافاً بلا تلف، وَهَذَا حكمٌ مردودٌ لَا يخفى، وَلَا يصح أَنْ يَكُونَ الإعتاق قاطعاً للسـراية، لِأَنَّ السراية لَا تكون للفعل قبل اتصال أثره بمحل السراية، وَلَمْ يوجد وقوعه إِلَّا بعد الإعتاق فَلَمْ يؤثر فِيهِ حكم الإعتاق المتقدم.

وجه قول محمد رحمه الله: أنَّ تَوَجُّهَ السهم إِلَيْهِ أوجب إشرافه عَلَى الهلاك، فَصَارَ ذَلِـكَ كالجـرح الواقع بِهِ، وَلَوْ جرحه ثُمَّ أعتقه مَوْلَاهُ لانقطعت سـراية جنايته وَلَمْ يضمن ديته وَلَا قيمته، وَإِنَّمَا ضمن النقصان فَكَذَلِكَ هنا.

---

(١) للوارث فِي ب

وَاحْتَـجَّ أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُـفَ ﷺ: بـأَنَّ المعترض بعد تمام العلـة بِمَنْزِلَةِ المعترض بعد وجود الحكم فِي حق من باشر العلة، وفيما يتصل بِذَلِكَ.

أَلَا تَرَى أَنَّ من والى رَجُلَاً ثُمَّ رمى سـهماً ثُمَّ ناقضه ثُمَّ والى غيره ثُمَّ أصاب السهم إنساناً خطأً أَنَّ الدِّيَة تجب عَلَى عَاقِلَةِ الْأَوَّل دون الثَّانِي؟

وَكَذَلِكَ مسلم رمى سهماً إِلَى صيد ثُمَّ ارتد والعياذ بالله ثُمَّ وقع السهم بالصيد فَقَتَلَهُ حل الصيد لما قلنا.

وَهَـذَا لِأَنَّ الحكـم يضاف إِلَى العلـة، والقتيل ميتٌ بأجله لَكِنَّهُ ينسـب إِلَى العباد، والنسبة إليهم حكمٌ شرعيٌ يتغير بِهِ صفة الفعل فيصير بِهِ علة، وَهَذَا وصف الفعل لَا بِنَفْسِـهِ فأسند إِلَيْهِ، وَإِذا أُسـند إِلَيْهِ أُسند بحكمه فَلَمْ يعتبر العتق العارض فِي حق هَذَا الحكم.

وَكَذَلِـكَ قولنا فِي أوصاف العلل الَّتِي لَا تقوم بأنفسـها وَلَا تتم العلة بدونها أَنَّها إِذَا وجدت أُسندت [إليها] وأُسندت بالأحكام[1]، فصح التعجيل بواسطة تقدم الوجوب عَلَيْهِ، كتعجيل الزَّكَاة وتعجيل كفارة قتل الصيد بعد الجرح قبل الموت، وَلَمْ يجز ذَلِكَ فِي أركان العلل، فإِنَّ من عجَّل زكاة أربعٍ من الإبل ثُمَّ ولدت وَاحِدَة منهنَّ حَتَّى تم النصاب بطل التعجيل، لِأَنَّ أجزاء الركن لَا يتبع بعضها بعضاً.

وَلَـوْ جَازَ تقدم الحكم عَلَى العلة لصح تعجيل الزَّكَاة قبل النصاب، والصَّلَاة قبل الْوَقْت، والكفارة قبل الجرح.

وتقديم الحكم عَلَى العلة سفهٌ وإبطالٌ لعلل الشرع، وكفى بِهِ إثما مبيناً وعاراً لقائله عياذاً بالله تَعَالَى.

(١) فِي الأصل (أسندت وأسندت الأحكام) والزيادة والتصحيح مني.

وَلَيْسَ هَذَا كالجَـرح لِأَنَّهُ حل بالمحل فاتصل الحكم بِهِ وَهُوَ نسـبة ما فات بالجَرح إِلَيْهِ فَلَمْ يؤثر العتق فِيهِ أَيْضاً.

لكنَّا نحتاج إِلَى ابتداء العلة لحكم آخر لِأَنَّ الجرح بالسـراية يصير سبباً آخر وَقَدْ تعذر ذَلِكَ لما خالف الانتهاءُ الابتداءَ، ونزل ذَلِكَ منزلةَ تبدلِ المحل حقيقة.

وعنـد تبدل المحل لَا تتحقق السـراية فَكَذَلِكَ هنا، وصار التغير فِي مسـألة الجـرح قبل العلة فِي حق الحكم الحادث [وَهُوَ السـراية][1]، فلهذا افترقا، وهذه من خواص هَذَا الْكِتَاب.

(١) فِي ب

[بَابٌ فِي اخْتِيَارِ القَتْلِ]

١١٣٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ رمى رَجُلاً، والمرميّ مُسْلِمٌ ثُمَّ ارتَدَّ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فمَاتَ؛ قَالَ: الدِّيَةُ عَلَى الرَّامِي لِوَرَثَةِ المُرتَدِّ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا شَيءَ عَلَى الرَّامِي، وَإِنْ رَمَى وَهُوَ مُرتَدٌّ فَوَقَعَ بِهِ السَّهْمُ بَعْدَ مَا أَسْلَمَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الرَّامِي شَيءٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

أَمَّا إِذَا كَانَ مسلماً ثُمَّ ارتد فَهُوَ مثل المسألة الأُولَى، وقول زفر ﷺ مثلُ قولِهِما، واحتجا بأَنَّ التلف حصل فِي محل لَا عصمة لَهُ، فالإتلاف لَا يخالفه، وإتلاف غير المعصوم هدرٌ، كما لو جرحه ثُمَّ ارتد ثُمَّ مَاتَ.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ بِمَا ذكرنا، وخالف أَبُو يُوسُفَ ﷺ أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ هنا لِأَنَّ الزيادة تنافي العصمة فَلَا يصح الضمان مع وجود ما ينافيه، فأَمَّا العتق فَلَا ينافي ضمان القتل.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ المرميُّ مرتداً ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ وقع بِهِ السهم فَلَا شَيْءَ عَلَى الرامي لِأَنَّ فعله لَمْ ينعقد علة هنا، وَهُوَ مثل الجُرح إِذَا وقع(١) فِي مثل العصمة بطل ما لَهَا بالردة، وَإِذَا وقع فِي غَيْرِ محل العصمة هدر أصلًا فَكَذَلِكَ هنا، وَهَذِهِ مِنَ الخَواصِّ أَيْضاً.

(١) فِي أ: وصل

١١٣٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه تَعَالَى، فِيمَنْ رَمَى سَهْمَاً إِلَى حَرْبِيٍّ ثُمَّ أَسْلَمَ الحَرْبِيُّ ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ. أَنَّهُ لَا شَيءَ عَلَى الرَّامِي لِمَا قُلنَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ أَيْضَاً.

١١٣٨- قَالَ: وَإِذِا قَضَى القَاضِي عَلَى رَجُلٍ بِالرَّجْمِ[١] فَرَمَاهُ رَجُلٌ بِحَجَرٍ ثُمَّ رَجَعَ أَحَدُ الشُّهُودِ ثُمَّ أَصَابَهُ الحَجَرُ فَلَيْسَ عَلَى الرَّامِي شَيءٌ لِمَا قُلْنَا.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ أَيْضَاً.

ثُمَّ ذكر مسألة الْمُسْلِم إِذَا رمى سهماً[٢] ثُمَّ تمجّس ثُمَّ وقع بِهِ أَنَّهُ حلالٌ يؤكل، وَلَوْ كَانَ مجوسياً ثُمَّ أَسْلَمَ ثُمَّ وقع السهم بالصيد لَمْ يؤكل، وهذه معروفةٌ فِي كِتَاب الصيد وغيره.

١١٣٩- وَقَالَ: فِي محرم رمى صَيْدَاً ثُمَّ حلَّ ثُمَّ وقع بِهِ السهم، قَالَ: فعَلَيْهِ الجزاء، وَلَوْ كَانَ حلالًا فرماه ثُمَّ أحرم ثُمَّ وقع السهم بالصيد وَهُوَ محرمٌ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شيء.

ففي هَذَا الفصل اعتبر حال الرامي بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ هَذَا راجع إِلَى أهلية الفاعل، فاعتبر عند وجود فعله، فأمَّا ما يَرْجِع إِلَى المحل فيُعتبر عند اتصاله بمحله.

وَلَهُذا قَالَ أصحابنا رضي الله عنهم فِي كِتَاب المناسك فِي رَجُلٍ محرمٍ رمى صَيْدَاً فِي

---

(١) بالقود فِي ب

(٢) صَيْدَاً فِي ب

الحـل والرامي فِي الحل فدخل الصيد فِي الحرم ثُمَّ أصابه السـهم فَقَتَلَهُ، أنَّ عَلَيْهِ الجزاء.

وَلَوْ أرسل كلبه عَلَى صيد فِي الحل فأدخله الحرم ثُمَّ دخله فَقَتَلَهُ أَنَّهُ لَا جزاء عَلَيْـهِ لِأَنَّ فعل الكلب مضافٌ إِلَى الَّذِي أرسـله فَصَارَ تغير الصيد ههنا مضافاً إِلَى الَّذِي أرسله، والعلة قَدْ تمت فِي حقه فهدر هَذَا المعترض كما هدر الكفر الحادث مِنْهُ، وَفِي مسألة الصيد تغير الصيد والعلة لَمْ توجد فِي حقه فَلَمْ يهدر.

وَلَهُذا قلنا فِيمَنْ رمى صَيْدَاً ثُمَّ رماه آخر فأصابه الْأَوَّل فأخرجه من أَنْ يَكُونَ صَيْـدَاً، ثُمَّ أصابه الثَّانِـي فَقَتَلَهُ فَإِنَّهُ لَا يحرم، وَلَمْ يعتبر حال الإصابة أَنَّهُ صَارَ محل ذكاة الاختيار، بَلْ اعتبر حال الرمي لِأَنَّ ذكاة الاختيار والاضطرار من صفة الفعل، فاعُتبر تمام العلة من جهته، وصار المعترض بعده هدراً.

❁ ❁ ❁

[بَابُ الرَّجُلِ يَقْطَعُ يَدَ إِنْسَانٍ ثُمَّ يَقْتُلُهُ]

١١٤٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْـدَاً ثُـمَّ قَتَلَهُ خَطَأً قَبلَ أَنْ تَبْرَأَ أَوْ قَطَعَ اليَدَ خَطَـأً ثُمَّ يَقْتلَهَ عَمْدَاً قَبْلَ أَنْ تَـبْرَأَ؛ قَالَ: يُؤخَذُ بِالأَمْرينِ جَمِيْعَاً لِأَنَّهمُا مُخْتَلِفَانِ، وَالوَاجِبُ لَهُمَا يَخْتَلِف فَلَمْ يَصِـحَّ القَوْلُ بِالجَمْعِ. قَالَ: وَكَذَلِكَ لو كَانَ القَطْعُ وَالقَتْلُ جَمِيْعَاً خَطَأً أَوْ جَمِيْعَاً عَمْدَاً، إِلَّا أَنَّهُ قَدْ تَخَلَّلهُمَا البُرْءُ، فَإِنَّهُ يُؤخَذُ بِالأَمْرَينِ جَمِيْعَاً.

لِأَنَّ البـرء فصـلٌ بينهما فبطل أَنْ يَكُـونَ أَحَدهمَا تتمة لأَولَهُمـا، كَانَ الأَوَّل سـرى إِلَى النفس، وَإِذا لَمْ يتخللهما برء صحَّ الجمع باعتبار أَنَّ الآخر تتمة الأَوَّل لِأَنَّ البرء ينافي الكمال بطريق السـراية فَصَارَ منافياً[1] لما يخلفه، فَإِذَا لَمْ يوجد ما يوجب التنافي وجب الجمع إن أمكن.

١١٤١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يَضْرِبُ الرَّجُلَ مِائَةَ سَـوْطٍ فَبرأَ مِنْ تِسْعِينَ سَـوْطَاً وَيَمُوتُ مِنْ عَشرَةٍ؛ قَالَ: عَلَيْهِ دِيةٌ وَاحِدَة لِأَنَّـهُ لمَّا بَرأَ مِنْ الأَسْـوَاطِ جَعَلَ كأَنَّها لَمْ تُوجَدْ، وكأَنَّـه لَمْ يَضْربْهُ إِلَّا عَشرَةً،

(١) فِي ب: مناقضاً

فمَاتَ مِنْهَا. وَمَا وَقَعَ مِنْهُ البُرءُ فَكَانَ لَمْ يَكُنْ. هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَهَذَا ظَاهِـرُ الجَوَابِ فِي كُلِّ جِرَاحَةٍ انْدَمَلَتْ فَلَمْ يبق لَهَا أثرٌ، أَيْ لَا شَيْءَ فِيهَا. وعَنْ أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله أَنَّهُ أَوْجَبَ فِيهِ حُكْمُ العَدْلِ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله أَنَّهُ أَوْجَبَ فِيهِ أُجْرَةَ الطَبِيبِ.

ويحتمل أَنْ يَكُونَ بعض هَذَا تفسير للبعض.

١١٤٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الشُّهُودِ يَشْهَدُونَ بِضَرْبِ حَـدٍّ أَوْ تَعْزِيـرٍ فَيُضْرِبُ ثُمَّ يَرْجِعُونَ عَنْ شَـهَادَتِهِم. قَالَ: لَيْـسَ عَلَيْهِم أَرْشُ الضَّرْبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رحمهما الله: عَلَيْهِم أَرْشُ الضَّرْبِ.

واحتجـا بأَنَّ أثر الضرب مضـاف إِلَيْهِ فمن أضيف إِلَيْـهِ الضرب أضيف إِلَيْهِ أثره، وصار ذَلِكَ كمباشرة الضرب.

أَلَا تَرَى أَنَّ القتل الثابت بالشهادة جَعَلَ فِي حق الضمان كمباشرته؟ فَكَذَلِكَ الضرب.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله بأَنَّ ما لَمْ يوجبه الشهود لَمْ يضمنوا عند الرجوع، وهنا إِنَّمَا أثبتوا ضرباً مؤلماً غير مبرح.

هَذَا قضية الشـرع فِي الحدود والتعزير، فَإِذَا لَمْ يُوجبوا لَمْ يضمنوا، وَلَا يلزم عَلَيْـهِ أَنَّ الجـلاد لَا يضمن أَيْضاً، لِأَنَّ هَذَا الأثر وَإِنَ أضيف إِلَى جرحه لَكِنَّهُ فرض عَلَيْـهِ، فوُضـع عَنْهُ الجرح، وَفِـي الاحتراز عن أثره حرج فَلَمْ يجب عَلَى الشـهود لأَنهم لَمْ يوجبوا وَلَمْ يؤخذ بهم الجلاد لما قلنا.

فَلِذَلِكَ صَارَ هدراً، وَأَمَّا القتل بأثره فواجب بالشـهادة والمباشر مباشر لأثره بلا دَفَعَ حرج عَنْهُ فِي ذَلِكَ.

١١٤٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يَقْطَعُ يَدَ عَبْدِهِ ثُمَّ يَغْصِبُهُ رَجُـلٌ فَيَمُوتُ عِنْدَهُ مِنْ ذَلِكَ القَطْعِ؛ قَالَ: عَلَى الغَاصِبِ قِيمَتُهُ أَقْطَعَ. وَلَـوْ غَصَبَهُ رَجُلٌ وَهُوَ صَحِيحٌ ثُمَّ قَطَعَ الْمَوْلَى يَدَهُ عِنْدَ الغَاصِبِ ثُمَّ مَاتَ عن ذَلِكَ القَطْعِ لَمْ يَكُنْ عَلَى الغَاصِبِ شيءٌ.

أَمَّـا فِـي الْمَسْـأَلَةِ الْأُولَى: فلأن الغصب من أسـباب الضمـان والملك فِي المضمون، وانقطعت بِهِ السراية كما لو بَاعَهُ، وَإِذَا انقطعت السراية بحكم الغصب لَمْ تقع لَهُ البراءة وَلَمْ يثبت بِهِ الاسـترداد، فأَمَّا إِذَا غصب أولًا ثُمَّ قَطَعَ الْمَوْلَى يده فمَـاتَ مِنْـهُ فَقَدْ صَارَ الْمَوْلَى مُسترداً للعبد[1]، وَلَمْ يعترض عَلَيْهِ ما يقطع سـراية جنايته، فَلِذَلِكَ وجبت لَهُ البراءة.

وَقَالَ فِي رَجُلٍ يضرب الرَّجُل مائة سوطٍ فيجرحه فيبرأ مِنْهُ.

قَالَ: عَلَيْهِ أَرش الضرب، وَلَمْ يوجب فِيمَا سـبق فِي التسعين سوطاً شَيْئاً وَقَدْ برأ مِنْهَا ثُمَّ قتله لِأَنَّهُ وضع المسألة هنا أَنَّهُ جرحه، فَلَا بُدَّ من أن يبقى أثره بعد البُرء، فعَلَيْهِ أرشه.

وفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى: لَمْ يجرحه فَلَا يلزمه شيءٌ إِذَا برأ مِنْهُ فافترقا فِي الوضع.

---

(١) فِي ب: الغصب

١١٤٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقُودُ قِطَاراً فَأَوْطَأَ بَعِيرٌ مِنْهُ إِنْسَاناً فَقَتَلَهُ؛ قَالَ: عَلَى عَاقِلَةِ القَائِدِ الدِّيَةُ.

لِأَنَّ القطار كله فِي يَدِهِ من أَوَلَهُ إِلَى آخره فيضاف إِلَيْهِ ذَلِكَ فيصير فِي الحكم كأنَّه قتله خطأً فَعَلَى عاقلته ديته.

قَالَ: وَلَوْ ربط إنسان رَجُلاً بالقطار فأوطأ المربوطُ رَجُلاً فَقَتَلَهُ فَعَلَى عاقلة القائد الدِّيَة ويرجعون عَلَى عَاقِلَةِ الرابط.

أَمَّا الضمان فإنَّما يجب عَلَى عَاقِلَةِ القائد لِأَنَّهُ فِي التسبيب لَا يقع الفرق بين (جمله) وبين (جمل) غيره فَهُوَ القائد للكل.

وَلَا يبطل فعله بجهله لكونه قتل أحياء، لكن الرابط هُوَ الَّذِي أوقعه فِيهِ فيصير ذَلِكَ من فعله فيضاف إِلَيْهِ فيصير فِي التقدير هُوَ الجاني، فَلِذَلِكَ وجب عَلَى عاقلته.

١١٤٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَقْتُلُ ابْنَهُ عَمْدَاً؛ قَالَ: عَلَيْهِ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

أَمَّا القِصَاص فَلَا يجب عندنا تعظيماً للأبوة، لِأَنَّ الشرع وضع عن الأب أن يعاقب بسبب ولده، فَإِذَا بطل القَوَد وجبت الدِّيَة فِي مَالِهِ لِأَنَّ الدِّيَة لَيْسَتْ بعقوبةٍ، وَإِنَّمَا العقل تخفيف والعامد لَا يستوجب ذَلِكَ، ووجب مؤجلًا لِأَنَّ الدِّيَة لَمْ تُشرع إِلَّا مؤجلة.

وَقَالَ فِي رَجُلٍ أَقَرَّ بقتل رجلٍ خطأ أنَّ عَلَيْهِ الدِّيَة فِي مَالِهِ فِي ثلاث سنين لِأَنَّ ما وجب بالاعتراف لَا تعقله العاقلة، لقول رسول الله ﷺ: (لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا وَلَا صُلْحًا وَلَا اعْتِرَافًا)(١).

ولأنَّ المقر لَا يصدَّق عَلَيْهِم.

وتجب مؤجلةً فِي ثلاث سنين لما ذكرنا أنَّ بدل الدم شُرع مؤجلًا فمتى وجب شرعاً وجب كَذَلِكَ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لما كَانَ بِمَنْزِلَةِ الصلة(٢) الَّتِي لَا عوض لَهُ شُرع بصفة التخفيف فِي نفسه.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي رَجُلٍ قتل رَجُلاً عَمْداً فصالحه عَلَى الدِّيَة وَلَمْ يذكر حالًا وَلَا مؤجلًا، قَالَ: عَلَيْهِ الدِّيَة حالَّةً، لِأَنَّ هَذَا الْمَال إِنَّمَا وجب بالعقد فوجب أن يعتبر بِمَا يجب بسائر العقود، وَهِيَ تجب حالَّةً إِلَّا بالشرط فَكَذَلِكَ هنا.

وَهَذَا لِأَنَّهُ وجب عوضاً عن القِصَاص فَكَانَ كثمن المبيع وبدل الخلع.

أَلَا تَرَى أَنَّ القِصَاص كَانَ حالًا وَهَذَا عوض يخلفه؟

١١٤٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَتَلَ عَبْداً(٣) خَطَأً قِيمَتُهُ عِشْرُونَ أَلْفاً؛ أَنَّ عَلَى عَاقِلَتِهِ عَشْرَةُ آلَافِ دِرْهَم إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمَ.

---

(١) رواه الدارقطني برقم/ ٣٣٧٧/ ، والبيهقي فِي السنن الكبرى برقم/ ١٦١٣٨/ موقوفاً عَلَى ابن عباس ﭭ.

(٢) لأن الدِّيَة إنما تجب فِي شبه العمد والخطأ وفعله مرفوع شرعاً فتكون فِي حقه صلة. حاشية أ

(٣) فِي ب: جارية

١١٤٧- قَالَ: وَلَوْ قَتَلَ جَارِيَةً خَطَأً قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفاً، قَالَ: عَلَى عَاقِلَتِهِ خَمْسَةُ آلَافِ دِرْهَم[١] إِلَّا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ.

١١٤٨- قَالَ: وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً قِيمَتُهَا عِشْرُونَ أَلْفاً فَمَاتَت فِي يَدِهِ فَعَلَيْهِ عِشْرُونَ أَلْفاً.

أَمَّا ضمان القتل فمقدر بِمَا ذكرنا عندنا.

وروي عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ يجب بالغاً ما بلغ وَهُوَ قول الشافعي رحمه الله، واحتجا: بأَنَّ العَبْد مالٌ فيضمن بالإتلاف بالغاً ما بلغ كما فِي سائر الأموال، وكما قلنا فِي الغصب.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله: بأنَّ هَذَا ضمان دم فَلَا يُزاد عَلَى ألف دينار كما قلنا فِي ضمان الدماء الأحرار.

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ الضمان يصح مقابلًا بالدم، ويصح مقابلًا بالمال، والدم أصلٌ والمال تابعٌ لَهُ، والتابع لَا يصلح معارضاً للأصل فكيف ينسخه[٢]، فوجب الحط لنقصان الرق، وقدر ذَلِكَ بالعشرة شرعاً.

وَأَمَّا فِي الغصب فيجب بالغاً ما بلغ لِأَنَّ الدم لَا يضمن بالغصب، وَإِنَّمَا يضمن الْمَال فَصَارَ الْمَال فِيهِ أصلًا والدم قُوَامة، وتجب قيمة العَبْد عَلَى عَاقِلَةِ القاتل.

---

(١) هَذَا هُوَ الظاهر وروى الحسن رحمه الله أنّه ينقص خمسة دَرَاهِمَ لأنّه لما ينصف البدل فينتصف النقصان أَيْضاً. حاشية أ

(٢) لِأَنَّ الدم لما كَانَ مقدراً بعشرة آلاف شرعاً، فلو زيد عَلَى ذَلِكَ كَانَ ناسخاً للمقدر. حاشية أ

وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: يجب فِي مَالِهِ، وَاحْتَجَّ بقول النبي ﷺ: (لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا)[1].

يقال عقلت عن فلانٍ إِذَا كَانَ فلان قاتلًا، وعقلت فُلَانًا إِذَا كَانَ فلان قتيلًا، كذا فسره الأصمعي رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ صحيحٌ، واعتبار المالية غالبة فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى.

وَاحْتَجَّ أصحابنا رَحِمَهُمُ اللهُ بأنَّ هَذَا ضمان دم فتعقله العاقلة كما فِي ضمان مال الأحرار، وقياس ما روينا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَنَّهُ لَا يقبل العاقلة.

وقول أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي ظاهر الْكِتَاب مثل قول أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ، والحديث محمولٌ عَلَى قتل عبده المأذون أَوْ مكاتبه.

١١٤٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ شَهَرَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَيْفًا؛ قَالَ: حَقًّا عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَقْتُلُوهُ، وَلَا شَيءَ عَلَيْهِم.

لِأَنَّهُ لما شهر عَلَيْهِم فَقَدْ حاربهم فبطلت عصمة دمه للمحاربة كما بطلت عصمة دماء أَهْل البغي بالمحاربة.

١١٥٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ دَخَلَ عَلَى رَجُلٍ لَيْلًا فَسَرَقَهُ فَخَرَجَ بِالْمَتَاعِ مِنْ الدَّارِ فَأَتْبَعَهُ الرَّجُلُ فَقَتَلَهُ؛ قَالَ: لَا شَيءَ عَلَيْهِ.

لِأَنَّ حرمة الْمَال مثل حرمة النفس، ومتى قصد نفسًا بالقتل سقطت عصمته،

---

(١) سبق الكلام عَنْهُ.

فَـإِذَا قصد الْمَال سـقطت عصمته أَيْضاً، وأصله ما روي عـن النبي ﷺ: (مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ)[1]، وكل جهة مَتَى كَانَ القتيل فِيهَا شهيداً كَانَ قتله لو كَانَ هُوَ القاتل هدراً.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ فِي الابتداء لَهُ أن يمنعه بالقتل ففي الانتهاء لَهُ أن يسـترده بالقتل ايضاً.

١١٥١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مَجْنُونٍ شَـهَرَ عَلَى رَجُلٍ سِـلَاحَاً فَقَتَلَهُ المَشْـهُورُ عَلَيْهِ عَمْدَاً؛ قَالَ: الدِّيَة عَلَيْهِ فِي مَالِهِ، أَمَّا القِصَاص فَلَا يَجِبُ لِأَنَّهُ مُلجأٌ فِي هَذَا الفِعْلِ[2].

وَأَمَّـا الدِّيَـة فواجبـةٌ لِأَنَّ فعل المجنون لـو تحقق كَانَ هدراً فِي حق نفسـه، فَكَذَلِكَ همّه[3].

والدليل عَلَيْهِ أنَّ عصمة دم المجنون لَا يحتمل السقوط لمعنى من جهته[4]،

---

(١) متفق عَلَيْهِ رواه البخاري برقم/ ٢٣٤٨/ ، ومسلم برقم/ ٣٧٨/ ، وغيرهما.

(٢) فِي المهمات: ذكر ﷺ فِي كِتَاب السـرقة إِذَا شـهر عَلَى رجل سـلاحاً بليل أَوْ نهار فقتله المشهور عَلَيْهِ عَمْدَاً، قَالَ: لَا قصاص عَلَيْهِ وإن شهر عَلَيْهِ عصاً نَهَاراً فِي مصر فقتله قتل بِهِ، وإن كَانَ بالليل فَلَيْسَ عَلَيْهِ شـيء، وإن كَانَ فِي طريق فِي غَيْرِ المصر فَهُوَ مثل اللَّيْل ولَيْسَ عَلَيْهِ شيء انتهى. طرقجي زاده. حاشية أ

(٣) فِي ب: قصده

(٤) حَتَّـى لـو كَانَ من جهة غيـره يَنْبَغِي أن يحتمل السـقوط وَهُوَ ما إِذَا ارتـد أبواه ولحقا مع المجنون بدار الحرب فحينئذٍ يحتمل أن تسقط عصمة دمه. حاشية أ

فَلِذَلِكَ لَمْ يسقط بصياله، وصار المجنون فِي هَذَا مثل الجمل إِذَا صال فإنَّ عصمته لَا تبطل بصياله عندنا، كذا هَذَا.

١١٥٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِيمَنْ شَهَرَ عَلَى رَجُلٍ سِلَاحاً فَضَرَبَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ قَالَ: عَلَى القَاتِلِ القِصَاص(١).

لِأَنَّهُ لمَّا شَهَرَه فَقَدْ حل دمه دفعاً لشره، فَلَمَّا ضربه وَلَمْ يقتله وكف عَنْهُ فَقَدْ اندفع شره ولزمه جزاء ما صَنَعَ، فَإِذَا قتل الآخرُ ابتداءً فَقَدْ قتل شخصاً معصوماً مِنْ غَيْرِ دافعٍ فلزمه القِصَاص.

١١٥٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قُتل عَمْداً وَلَهُ ثَلَاثَة أَوْلِيَاء فَشَهِدَ اثْنَانِ مِنْهُم عَلَى صَاحِبِهِمَا أَنَّهُ قَدْ عفى؛ قَالَ: شَهَادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ وَهُوَ عَفوٌ مِنْهُمَا، فَإِنْ أَنْكَرَ القَاتِلُ مَا قَالَا فَلَا شَيْءَ لَهُمَا، وَلِلوَلِي الآخَرِ ثُلُث الدِّيَةِ، وَإِنْ صَدَقَهُمَا القَاتِلُ فَعَلَيْهِ جَمِيعُ الدِّيَة لِلأَوْلِيَاءِ أَثْلَاثاً(٢).

وَهَذَا عَلَى أوجه: إمَّا أن يصدقهما المشهود عَلَيْهِ والقاتل جَمِيْعاً، وإمَّا أن

---

(١) يريد بِهِ أنه ضربه وَتَرَكَ الضرب القصد إِلَيْهِ وانصرف فعادت عصمته فَإِذَا ضربه الآخر يضمن فإن ضربه المشهور عَلَيْهِ فسقط بحيث لَا يقدر الشاهر عَلَى قتل المشهور عَلَيْهِ فَلَا يحل لَهُ الضرب الثَّانِي. حاشية أ

(٢) وعلل محمد ﷺ وَقَالَ: لأنّه يجرا لأنفسهما ثلثي الدِّيَة، لأنه بعفو أحدهم ينقلب نصيب الباقين مَالاً فتكون هَذِهِ شهادة لأنفسهما فتكون باطلة.

يكذباهما، وإمَّا أن يصدقهما القاتل وحده، وإمَّا أن يصدقهما المشهود عَلَيْهِ وحده.

أَمَّا إِذَا صدقاهما فَلَا يُشكل أَنَّهُ يصير بِمَنْزِلَةِ [العفو][1] المعروف[2] فيصير نصيبهما مَالاً ويبطل نصيب العافي.

وَإِنَ كذباه فَلَا شَيْءَ للشاهدين لأَنَّهما لما شهدا بالعفو فَقَدْ أقرا ببطلان حقهما بالقصاص فصح إقرارهما، وادعيا انقلاب نصيبهما مَالاً فَلَمْ يصدَّقا.

وَأَمَّا نصيب المشهود عَلَيْهِ فيصير مَالاً، لِأَنَّ شهادتهما بالعفو بِمَنْزِلَةِ ابتداء العفو مِنْهُمَا فِي حقه لَا بسقوط القود أضيف إليهما.

وَإِنَ صدّقهما القاتلُ غرم الدِّيَة أثلاثاً، لِأَنَّهُ لما صدقهما فَقَدْ أَقَرَّ لَهُمَا بثلثي الدِّيَة فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عَلَيْهِ فَلَمْ يصدق فتجعل[3] مَالاً.

وَإِنَ صدقهما المشهود عَلَيْهِ لَمْ يصدقوا عَلَى القَاتِلِ فَلَا يلزم القاتل إِلَّا ثلث الدِّيَة وَهُوَ نصيب المشهود عَلَيْهِ، لَكِنَّهُ يتحول إليهما لِأَنَّ من زعم المشهود عَلَيْهِ أَنَّهُ قَدْ عفا وَأَنْ لَا شيء لَهُ عَلَى القَاتِلِ، وإنما عَلَيْهِ ثلثا الدِّيَة دينٌ لَهُمَا.

والذي فِي يَدِهِ وَهُوَ ثلث الدِّيَة مال القاتل وَهُوَ من جنس حقهما فِي زعم المشهود عَلَيْهِ فيصرف إليهما.

وكان القياس أن لَا يصير شيء مِنْهَا مَالاً لأَنَّهما ادَّعَيَا الْمَال، والقاتل أنكر [حقهما فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ العفو مِنْهُمَا وَأَنْ يُقرَّ للمشهود عَلَيْهِ والمشهود عَلَيْهِ ينكر][4]،

(١) فِي ب

(٢) فيصير كَانَ المشهود عَلَيْهِ عفا معاينة. حاشية أ

(٣) فِي ب: فتحول.

(٤) فِي ب

وَأَقَرَّ القاتل بالثلث للمشـهود عَلَيْهِ لِأَنَّهُ يقول لَمْ يعف المشهود عَلَيْهِ بَلْ شهادتهما بِمَنْزِلَـةِ العفو مِنْهُمَا، والمشـهود عَلَيْـهِ أنكر ما أَقَرَّ لَهُ القاتل بِهِ، لَكِنَّهُ[1] استحسـن فأوجب ثلـث الدِّيَة وصرفه إليهما، لِأَنَّ القاتل أَقَرَّ بِهِ عَلَى ما قلنا، وَأَقَرَّ المشـهود عَلَيْهِ وَهُوَ المقر لَهُ بثلث الدِّيَة فإِنَّ للشـاهدين عَلَيْـهِ ثلثي الدِّيَة فصرف ما أَقَرَّ بِهِ لَهُ إليهما[2].

١١٥٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْمَرْأَة تُقْطَعُ يَدُ الرَّجُل عَمْدَاً أَوْ خَطَأً فَيَتَزوجُهَا عَلَى اليَدِ ثُمَّ يَمُوتُ مِنْهَا؛ قَالَ: لَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا.

فَإِنْ كَانَ القطع خطأً فَعَلَى عاقلتها الدِّيَة، وَإِنْ كَانَ عَمْدَاً فالدية فِي مالها.

وَإِنْ كَانَ تَزَوَّجَهَا عَلَى اليد وَمَا يحدث مِنْهَا ثُمَّ مَاتَ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ عَمْدَاً فَقَدْ بطل حق القتيل وَلَا شيء عَلَيْهَا وَلَهَا عَلَيْهِ مهر مثلها.

وَإِنْ كَانَ خطـأ رُفع عن العاقلة مهـر مثلها، وكان ثلث ما ترك وصية لهم مِمَّا بقي ويردون الفضل أي عَلَى الورثة.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: وَكَذَلِكَ الوجه الْأَوَّل إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى اليد وَلَمْ يذكر وَمَا يحدث مِنْهَا.

---

(١) أَبُو حَنِيفَةَ. حاشية أ

(٢) والحاصـل أن المقر لَهُ ما كذبه حقيقة بَلْ أضاف الوجوب إِلَى غيره وَفِي مثل هَذَا لَا يرتد الإقـرار كرجل قَالَ: لِفُلَانٍ علي مائة فَقَالَ للمقر لَـهُ: لَيْسَ لِي وإنما هِيَ لِفُلَانٍ، كَانَ الْمَال للمقر لَهُ الثَّانِي كذا هنا. حاشية أ

وأصلـه ما تقدم أنَّ العفو عن اليد والقطع والشـجة يبطل عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ إِذَا جاءت السراية.

وَعِنْدَهُمَـا يصح ويقع عَلَى حاصل حقه فَكَذَلِكَ التزوج بِهِ يبطل تسـميته إِذَا مَاتَ مِنْهُ، فَإِذَا لَمْ يثبت المسـمى وجب لَهَا مهر مثلهـا ثُمَّ ينظر، فَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَة خطأً وجبت الدِّيَة عَلَى عاقلتها لما بطل العفو.

وإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَة عَمْدَاً وجب القِصَاص فِي القياس، وَفِي الاستحسان تجب الدِّيَة فِي مالها.

وَعِنْدَهُمَـا: إِنْ كَانَ عَمْـدَاً فَقَـدْ وقع التـزوج عَلَى القِصَـاص بالنفس فبطل القِصَاص، وَهُوَ لَيْسَ بمالٍ فلزمه مهر مثلها.

وإِنْ كَانَ خطأً فَقَدْ وقع التزوج عَلَى موجب النفس وَهُوَ الدِّيَة، فَإِنْ كَانَتْ الدِّيَة أكثر من مهر مثلها سَـلِمَ لَهَا قدر مهر مثلهـا، فدُفع ذَلِكَ عن العاقلة لأَنَّهم يغرمون عَنْهَا فَلَا يغرمون لَهَا، والفضل عَلَيْهِ جَعَلَ وصية للعاقلة وهم أجانب فصحت.

ثُمَّ ينظر إِلَى ثلث ماله فإِنْ كَانَ ذَلِكَ يخرج مِنْهُ دَفَعَ عنهم، وإِنْ كَانَ لَا يخرج فلهم من ذَلِكَ مقدار الثلث، وردوا الفضل، وَكَذَلِكَ قولَهُم جَمِيْعَاً فِي الشـجة وَمَا يحدث مِنْهَا أَوْ اليد وَمَا يحدث مِنْهَا فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً.

١١٥٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الصَّـبِيِّ والحرِّ يَأْمُرُ الصَّبِيَّ الحُرُّ بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ؛ قَالَ: عَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ القَاتِلِ دِيَتَهُ، وَلَيْس عَلَى الآمَرِ وَلَا عَلَى عَاقِلَتِهِ شَيْءٌ، أَمَّا الصَّبِيُّ القَاتِلُ فَإِنْ قَتَلَهُ خَطَأً يُوجِبُ الدِّيَةَ عَلَى العَاقِلَةِ، وَأَمْرُ الصَّبِيِّ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ إقراره وكفالته باطلة أصلًا، فَلَمْ يلزمه شيء وَلَا عَلَى عاقلته شيء؟

قَالَ: وَلَوْ أَمَرَ عبدٌ محجورٌ عَلَيْهِ عَبْدَاً محجوراً عَلَيْهِ بقتل رجلٍ فَقَتَلَهُ.

قَالَ: عَلَى القَاتِلِ الديةُ، وَلَيْسَ عَلَى الآمر وَلَا عَلَى عاقلته شيء، أَمَّا القاتل فإنَّ القتل وقع خطأً مِنْهُ فَإِنَّهُ يدفع بِهِ أَوْ يفدي، وإِنْ كَانَ عَمْدَاً فعَلَيْهِ القِصَاص، فَكَانَ قولَهُ: (عَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ الدِّيَةُ) سهواً، وقيل إنَّ المراد بِهِ العَبْد الصَّغِير لأنه لو كَانَ كبيراً لزمه القِصَاص لِأَنَّ مطلق القتل عمدٌ.

وقولَهُ: (لَيْسَ عَلَى الآمر شيءٌ) يريد بِهِ ما دام عَبْدَاً، لِأَنَّ العَبْد المحجور عَلَيْهِ لَا يؤخذ بحكم قولَهُ حَتَّى يعتق كما لو أَقَرَّ بدين، حَتَّى لو كَانَ مأذوناً أَخَذَ بِهِ فِي الحال.

إِلَّا أن يريد الصَّغِير فَلَا يلزمه شيء، أي قول العَبْد فِي حق مَوْلَاهُ باطلٌ حَتَّى لَا يلزم عَلَى مَوْلَاهُ بقولَهُ شيء.

وقولَهُ: (وَلَا عَلَى عاقلته أَيْضَاً) سهو، لِأَنَّ العَبْد لَا عاقلة لَهُ، إِنَّمَا يريد بِهِ أن لَيْسَ عَلَى مَوْلَاهُ شيء لِأَنَّ قولَهُ: (عَلَى مَوْلَاهُ) باطلٌ.

ثُمَّ قَالَ فِي العَبْد المحجور عَلَيْهِ يغصب العَبْد المحجور عَلَيْهِ فيموت عنده، قَالَ: هُوَ ضامنٌ لِأَنَّ الحجر إنما يؤثر فِي الأقوال دون الأفعال، والعبد أَهْل لضمان الْمَال أَيْضَاً فلزمه.

وَقَالَ فِي الصَّبِيِّ يستهلك الْمَال لرجل، قَالَ: هُوَ ضامنٌ لِأَنَّ الصبي يؤخذ بأفعاله إذ الحجر عَنْهَا[1] باطل، فيُؤخذ بحكم أفعاله إِذَا كَانَ الصبي صالحاً لحكمه.

---

(١) فِي ب: عَلَيْهَا

١١٥٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَضْرِبُ بَطْنَ أَمَةٍ فيُعتقُ الْمَوْلَى مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ تُلقيه حَيّاً ثُمَّ يموتُ؛ قَالَ فِيهِ: [ضَمِنَ][1] قِيمَتَهُ حَيّاً.

قَالَ بعض مشايخنا رحمهم الله: يريد بالقيمة الدِّيَة، لِأَنَّ الضرب وقع بالأمر فَلَمْ يعتبر جناية فِي حق الْوَلَد إِلَّا بعد أن ينفصل حياً، وَكَذَلِكَ لَمْ تنقطع سرايته بخلاف من جرح عَبْدَاً ثُمَّ أعتقه مَوْلَاهُ لما قلنا أَنَّهُ فِي التقدير واقع بعد العتق وبعد الانفصال، لِأَنَّهُ بالانفصال صَارَ شخصاً منفرداً.

وَقَالَ بعضهم: بَلْ المراد بِهِ حقيقة القيمة لِأَنَّ الْجِنَايَة قَدْ تمت من الجاني لكنَّها لَمْ تعتبر فِي حق الجنين منفرداً مقصوداً إِلَّا بعد الانفصال فأشبه الرمي الَّذِي تم من الرامي، وَلَمْ يعتبر فِي حق المرمى إِلَّا بعد الإصابة.

فَإِذَا وجد العتق بعد تمام العلة لَمْ يعتبر عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله حَتَّى وجب ضمان القيمة فَكَذَلِكَ هنا.

فَإِنْ كَانَ هَذَا بالاتفاق صَارَ حجةً لَهُمَا عَلَى محمد رحمه الله، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

١١٥٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الدَّارِ فِي يَدِ رَجُلٍ يُوجدُ فِيهَا قَتِيلٌ. قَالَ: لَا تَعْقِلُهُ العَاقِلَةُ حَتَّى يَشْهَدُ الشُّهُودُ أَنَّها لَهُ، يُريدُ بِهِ إِذَا

---

(١) فِي ب

أَنْكَرَتْ العَاقِلَةُ أَنْ تَكُونَ الدَّار لَهُ وَقَالُوا: (هِيَ وَدِيعَةٌ فِي يَدكِ) فَالقَوْلُ قولَهُم إِلَّا أَنْ يُقيمَ بَينَةً عَلَى المِلكِ.

لما عرف أنَّ الظاهر حجةٌ للدفع لَا للاستحقاق.

وَقَدْ احتجنا إِلَى الاستحقاق هنا، فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعةً بالجوار فِي دار بيعت فأنكر الْمُشْتَرِي أن تكون الدَّار الَّتِي فِي يَدِ المدعي ملكاً لَهُ، فَإِنَّهُ لَا يستحق الشفعة بيده عَلَيْهَا حَتَّى يقيم الْبَيِّنَة عَلَى الملك، فَكَذَلِكَ ههنا.

وَلَا يلزم أَبَا حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ يعتبر اليد فِي استحقاق الدِّيَة حَتَّى قَالَ فِي الدَّار المبيعة فِي يَدِ البَائِع يوجد فِيهَا قتيل: إنَّ الدِّيَة تجب عَلَى عَاقِلَةِ البَائِع، لِأَنَّهُ يعتبر يد الملك لَا مجرد اليد، وَلَمْ تثبت ههنا يد الملك إِلَّا بالبينة، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

١١٥٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي حُرٍّ وَعَبْدٍ قَتَلا رَجُلاً عَمْداً، فَأَمَرَ الحرُّ وَمَوْلَى العَبْد رَجُلاً أَنْ يُصَالحَ فَصَالَحَ مِنْ دِمَائِهِمَا عَلَى أَلْفِ دِرْهَم؛ قَالَ: فَهُوَ ضَامِنٌ عَلَيهِما نِصْفَانِ.

لِأَنَّهُ مقابلٌ بالقصاص، والقصاص عَلَيْهِما عَلَى السواء.

١١٥٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مدبّرٍ غصبه رجلٌ فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً ثُمَّ أخذه الْمَوْلَى فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً، قَالَ: عَلَى الْمَوْلَى قيمته نِصْفَيْنِ بين وليِّ الجنايتين، ثُمَّ يَرْجِع الْمَوْلَى عَلَى الغَاصِبِ بِنِصْفِ القِيمَةِ فَيدْفَعُهَا إِلَى

وَلِي الغَاصِـبِ بِنِصْفِ القِيمَـةِ، وَلَا يَدْفَعُهُ إِلَى أَحَدٍ. وَلَوْ كَانَ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى أَوَّلًا، ثُـمَّ جَنَى عِنْدَ الغَاصِبِ غَرِمِ الـوَلِيُّ قِيمَتَهُ بَينَ وَلِيِّ الجِنَايتين نِصْفَيْنِ ثُمَّ يَرْجِـع بِنِصْفِ القِيمَةِ عَلَى الغَاصِـبِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّل وَلَا يَرْجِع بِهِ فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً.

أَمَّا فِي الَّتِي أجمعوا عَلَيْهَا فإنَّ جناية المدبر عَلَى مَوْلَاهُ والدفعَ ممتنع، فيجب قيمته نِصْفَيْنِ لاستواء الحقين، وَقَدْ صَارَ غُرم نصف القيمة عَلَيْهِ بسبب كَانَ عند الغصب فيجب عَلَى الغاصب وباله، فيرجع بِهِ ويدفعه إِلَـى ولي الْجِنَايَة الْأُولَى، لِأَنَّ حقه فِي كل القيمة لولا مزاحمة الثَّانِي فَقَدْ صَارَ النصف مستحقاً بسبب يضاف إِلَـى عدوان الغاصب، فَإِذَا وجده فارغاً رَجَعَ فِيهِ فسـلم لَهُ كل القيمة، ثُمَّ لَا يَرْجِع بِهِ الْمَوْلَى عَلَى أحد لأنّه إِنَّمَا استحق عَلَيْهِ بسبب كَانَ عنده فَلَا يَرْجِع بِهِ عَلَى غيره.

ووجه قول محمد ﷺ: فِي مسألة الخلاف أنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا رَجَعَ عَلَى الغاصب بِالنِّصْفِ الَّذِي أخذه ولي الْجِنَايَة الْأُولَى فيصير هَذَا الذي رَجَعَ بِهِ عوضاً عما سلم لولي الْجِنَايَة الْأُولَى.

فَإِذَا سَـلِم لَهُ أصله لَمْ يستحق عوضه فيتكرر الاستحقاق[1] فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ وَلَا يدفعـه إِلَـى الثَّانِي لِأَنَّهُ ما استحق إِلَّا النصف وَقَدْ سلم لَهُ بخلاف المسألة الأُخْرَى.

لِأَنَّهُ هناك إِنَّمَا رَجَعَ بعوض ما استحق عَلَى ولـي الْجِنَايَة الْأُولَى لَا بعوض ما سلم لَهُ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ ﷺ: أنَّ حقَّ ولـي الْجِنَايَة الْأُولَى فِي كل القيمة،

---

(١) أي لو استحق يتكرر الاستحقاق.

فمتى وجد شَيْئاً من القيمة فارغاً فِي يدي الْمَوْلَى أخذه حَتَّى يتكامل حقه لِأَنَّهُ مقدمٌ عَلَى الْمَوْلَى.

والجـواب عَلَى قَوْلِ مُحَمَّـدٍ ﷺ: أنَّ الأبعاض والأنصاف هدرٌ فِي حق ولي الْجِنَايَة الأُولَى، فَكَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ ما وجد مِنْهَا حَتَّى يتم حقه.

مثالـه عبد مأذون بين رَجُلَيْـنِ ادّان مائة دِرْهَم ثُمَّ غاب أحد المولَيين وحضر الغريم يطلب حقه بيع لَهُ نصيب الحاضر.

فـإن بيع بمائـة أخذها كلها، فَإِنْ قَالَ الحاضر: إِنَّمَا لك فِي نصيبي خَمْسُـونَ وخمسـون فِي نصيب شـريكي لَمْ ينظر إِلَيْهِ لما قلنا أَنَّهُ لَا أنصاف فِي حقه، وإنما ذَلِـكَ فِـي حق المولِيين، فَلَمْ يُعتبر الإنصاف فِي حقه بَـلْ اعتبر حقه فِي كل المائة فَكَذَلِكَ هنا.

ثُمَّ ذكر مسألة العَبْد يجني جنايتين، جنايةً عند الْمَوْلَى وجنايةً عند الغاصب(١).

ثُمَّ الجواب فِي نصف القيمة ما ذكرنا فِي مسألة المدبر من الْوَجْهَيْنِ.

١١٦٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، فِي عبدٍ أَذِنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي التِّجَـارَةِ فَادَّانَ أَلْفاً وقيمته ألف، ثُـمَّ جَنَى جِنَايَةً فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بالْجِنَايَـة؛ قَالَ: عَلَيْهِ قِيمَتَانِ، قيمةٌ لِمَوْلَى الْجِنَايَة، وقيمةٌ لِلغُرَمَاءِ، لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّينِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقْضِي فِي حَقِّهِ لِأَنَّهُ يُؤمرُ بِأَنْ يُدْفعُ بالْجِنَايَة، ثُمَّ يُقَالُ

---

(١) أي دَفَـعَ العَبْـد إِلَى ولي الجنايتين فيرجع الْمَوْلَى عَلَى الغاصب بنصف القيمة إِلَى آخَرَ ما ذكر فِي المسألة المتقدمة. حاشية أ

لَهُـم إِمَّا أَنْ يَقْضُوا دَيْنَهُ، وإِمَّا أَنْ يُبَاعَ عَليكُم هَذَا أَصْلُ الحق، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ الفِدَاءِ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لو انفرد ضمن الْمَوْلَى قيمته كاملة إِذَا لَمْ يعلمه بالْجِنَايَة وعلم بالدين أَوْ لَمْ يعلم؟ فَإِذَا اجتمعا وجب الجمع.

وَهَـذَا يخالـف أجنبياً لو قتل هَـذَا العَبْد أَنَّهُ لَا يغرم إِلَّا قيمـة وَاحِدَة[1]، لِأَنَّ ملك الْمَوْلَى فِي رقبته باقٍ، واليد لَهُ أَيْضاً، ومتى بقي الملك واليد لَمْ تعتبر عصمة الحق فِي معارضته، فَصَارَ مضموناً عَلَى الأجنبي بحق الملك وكأَنَّ لَيْسَ فِيهِ حقٌّ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا قيمةً وَاحِدَة.

ثُـمَّ الغريم أحق بتلك القيمة لِأَنَّ القيمة ماليـة العَبْد، والغرماء مقدمون عَلَى الأوليـاء فِي ذَلِـكَ، لِأَنَّ الواجب أن يدفع ثُمَّ يباع عَلَيْهِم، فَـإِذَا تقدموا فِي المعاني والقيمة هِيَ المالية والمعنى وجب تسليم المالية إليهم.

أَلَا تَـرَى أَنَّ تخييـر الأولياء بيـن البيع والقضاء مفيد، وبين القضاء وتسـليم القيمة غير مفيد، فلهذا افترقا.

١١٦١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ قَتَلَ رَجُلَيْنِ عَمْداً لِـكُلِّ وَاحِـدٍ مِنْهُمَا وليّان فَعَفَا أَحَدُ وليِّ كُلِّ وَاحِـدٍ مِنْهُمَا؛ قَالَ: يُقَالُ لِلمَوْلَى ادْفَعْ نِصْفَهُ إِلَى مَنْ بَقِي أَوْ افْدِهِ بِعَشْرَة آلَافِ دِرْهَمٍ.

لِأَنَّ الرقبـة بحكم القَـوَد صَارَتْ بينهم لِكُلِّ وَاحِدٍ ربعـه، فَإِذَا عفا اثْنَانِ

(١) أي حق الغرماء وحق ولي الجناية. حاشية أ

بطل حقهما وبقي حق الآخرين فِي النصف، فَلِذَلِكَ قيل لَهُ: ادفع نصفه.

وَأَمَّا الفداء فإنَّما يكون ببدل القتيل، وحَتَّى الآن كَانَ الفداء بعِشْرِينَ أَلْفَاً لو سقط القِصَاص بعذر لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم خمسة آلاف، فَلَمَّا عفا اثْنَانِ بطل حقهما فبقي حق كل وَاحِدٍ من الباقيين فِي خمسة آلاف فَلِذَلِكَ فداه بعشرة آلاف إِنْ شَاءَ.

١١٦٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ لِرَجُلٍ فَقَأَ رَجُلٌ عَيْنَيهِ؛ فَإِنْ شَاءَ الْمَوْلَى أَخَذَ مِنَ الفَاقِئِ قِيمَةَ العَبْد وَأَعْطَاهُ العَبْد، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيءَ لَهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رَحِمَهُمَا اللهُ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ قيمته وأعطاه رقبته، وَإِنْ شَاءَ أمسكه وضمَّنه ما نقصه [يعني ضمان الْمَال](١)

واحتجا بأنَّ العَبْد مالٌ، والمعتبر فِي صفة ضمانه معنى المالية.

وصاحب الْمَال فِي النقصان الفاحش بالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ سلم العين وأخذ قيمته، وَإِنْ شَاءَ أمسكه وضمّنه النقصان فَكَذَلِكَ ههنا، وَهَذَا لِأَنَّ الضمان مقابل بالعينين، لكنَّ الرقبة بِذَلِكَ صَارَتْ هالكةٌ مِنْ وَجْهٍ وَهِيَ قائمةٌ مِنْ وَجْهٍ، فإن مال إِلَى الهلاك ضمنه القيمة وسلّم العَبْد إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ أَخَذَ عوض الرقبة لما صَارَ للرقبة حكم الهلاك، وَإِنْ شَاءَ مال إِلَى القيام فأمسكه وضمَّنه النقصان وَهُوَ بدل بالعينين فِي المماليك.

وَلَهُذا قَالَ محمد رَحِمَهُ اللهُ: إنَّ الجثة العمياء تأخذ قسطاً من المأخوذ بالعينين.

---

(١) فِي ب

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: الضمان مقابلٌ بالعينين، لكن لما كَانَ ضمانهما ضمان كل المالية فِي حق الْمَوْلَى لَمْ يستقم لَهُ إمساك شيء من الجثة، فَصَارَ تسليمهم الجثة شرطاً عنده فَلَمْ يكن لَهَا قسط من العوض.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: بأنَّ المضمون من العَبْد فِي الْجِنَايَة دمه لَا ماليته نفساً كَانَ أَوْ دونها.

أَلَا تَرَى أَنَّهم اتفقوا فِي تقدير بدل الطرف كما اتفقوا فِي تقدير بدل النفس(١)؟

لكنهم اختلفوا فِي كيفيته، فَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: تقدير بدل الطرف ببدل النفس، فيبلغ إِلَى حيث يبلغ، إِلَّا أن يبلغ الدِّيَة أَوْ يزيد عَلَيْهِ فينقص عن دية النفس أحد عشر درهماً(٢).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يقدر ببدل بطرف الحر ويوزع ما حط عن بدل النفس وَهُوَ العشرة عَلَى الأطراف بحصتها.

حَتَّى إِنَّ من شجّ عَبْدَاً موضحة فِي وجهه أَوْ رأسه وقيمته عِشْرُونَ أَلْفَاً وجب قيمته عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ ألف دِرْهَم، وعند محمد ﷺ خمسمائة إِلَّا نصف دِرْهَم.

وَلَوْ قَطَعَ يده(٣) لزمه عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ عشرة آلاف دِرْهَم إِلَّا أحد عشر، وعند محمد ﷺ خمسة آلاف إِلَّا خمسة، وقول أَبِي حَنِيفَةَ مثل قول محمد ﷺ.

والدليل عَلَيْهِ: أنَّ بدل الطرف مقدر، فإنَّ من قَطَعَ يد عبد ضمن نصف قيمته،

---

(١) وَلَوْ كَانَ باعتبار المالية لوجب بالغاً ما بلغ. حاشية أ

(٢) أَمَّا العشرة لَهُ فظاهر وَأَمَّا حط الدرهم فلإظهار التفاوت بين الطرف والنفس. حاشية أ

(٣) أي يد هَذَا العَبْد الَّذِي قيمته عِشْرُونَ أَلْفَاً. حاشية أ

وإنْ كَانَ النقصان بالقطع فِي القيمة مثل النصف أَوْ أقل أَوْ أكثر، وَكَذَلِكَ فِي سائر الأطراف.

ولما كَانَ كَذَلِكَ قلنا لذهاب العينين من حكم الهلاك فِي باب الدماء، حَتَّى وجب فِي الحر كمال ديته مِنْ غَيْرِ اعتبار وجه آخر، فَكَذَلِكَ فِي العَبْد وجب أن يعتبر هَذَا الشبه[1] كما اعتبرنا فِي تقدير البدل، وَلَمْ يعتبر النقصان.

١١٦٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي مُدَبَّرٍ غَصَبَهُ رَجُلٌ فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً ثُمَّ رده عَلَى الْمَوْلَى ثُمَّ غصبه أَيْضاً فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةً؛ قَالَ: يَغرمُ مَوْلَى الْمُدَبَّرِ قِيمَتَهُ بَينَ وَلِي الجِنَايتينِ ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الغَاصِبِ فَيَدْفَعُ نِصْفَهَا إِلَى ولي الْجِنَايَة الأُولَى، ثُمَّ يَرْجع بِنِصْفِ القِيمَةِ عَلَى الغَاصِبِ.

بيانه: أَنَّ جناية المدبر عَلَى مَوْلَاهُ، فيغرم الْمَوْلَى قيمةً وَاحِدَة وَإِنَ كثرت جنايته، كما يتخلص بتسليم رقبة العَبْد عن جناياته وَإِنَ كثرت، ويرجع بالقيمة كلها عَلَى الغاصب لِأَنَّهَا كلها إنما وجبت بسبب فِي ضمانه.

فَإِذَا رَجَعَ بِهَا دَفَعَ نصفها إِلَى الولي الْأَوَّل لِأَنَّ حقه فِي كل القيمة لولا مزاحمة الثَّانِي، وَقَدْ قُدر عَلَى بدل ما أخذه ولي الْجِنَايَة الثانية فيرجع بِهِ ليتم حقه ثُمَّ يَرْجِع الْمَوْلَى بِذَلِكَ النصف عَلَى الغاصب، لِأَنَّهُ استحق عَلَيْهِ بسبب فِي ضمانه أَيْضاً، فَإِذَا رَجَعَ بِهِ لَمْ يسلمه إِلَى ولي الْجِنَايَة الثانية، لِأَنَّ حقه لَمْ يجب إِلَّا والمزاحمة قائم وَلَمْ يجب إِلَّا فِي النصف وَقَدْ سلم لَهُ.

---

(١) وَهُوَ معنى النفسية فِي حق الواجب وشبهه أَمَّا فِي حق المستحق هُوَ بدل الْمَال وَقَدْ سلم لها فَلَا يمسك الجثة. حاشية أ

١١٦٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي شَـاةِ القَصَّابِ وَبَقَرَةِ الجَـزَّارِ وَجَزُورِ الجَزَّارِ يَفْقَأُ عينٌ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ، قَالَ: فِي الشَّـاةِ مَا نَقَصَهَا، وَفِي البَقَرِ رُبْعُ قِيمَتِهَا، وَفِي البَعِيرِ رُبْعُ قِيمَتِهِ[1].

وَإِنَّمَا وضع المسألة عَلَى هَذَا الوجه ليتبين أنَّ الكل وَإِنَ كنَّ للحم فالجواب فِيهِ مختلف.

والفرس والحمار والبغل مثل البقر والبعير، وَقَدْ روي هَذَا الجواب والفتوى عَنْ رَسُـولِ اللهِ ﷺ رواه خارجةُ بن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن أبيه أَنَّهُ رفعه، وروي عن عمر رضي الله عنه أَنَّهُ قَضَى بِذَلِكَ.

والفـرق أنَّ الشـاة لَا تعمل بَـلْ ينتفع بِهَا كمـا ينتفع بالأمتعـة، فَصَارَ ضامناً النقصان مِنْ غَيْرِ تقدير.

وَأَمَّـا مـا ذكرنا من البهائم فَإِنَّهَـا عاملة كبني آدم، لكنَّهـا لَا تعمل إِلَّا لغيرها فأشـبه الإنسـان مِنْ وَجْهٍ والشـاةَ مِنْ وَجْهٍ، فوجب تنصيف التقديـر الواجب فِي الإنسان عملًا بهما، ولأَنهما عَلَى هَذَا الوجه لَا يعمل إِلَّا بأربعة أعين عيناها وعينا من يستعملها، فَصَارَ لعينها حكم الربع، والمعتمد هُوَ الْأَوَّل.

أَلَا تَرَى أَنَّ العينين لَا يُضمنان بنصف القيمة؟

وَإِذا ثبـت هَـذَا قلنا هَذَا التفـاوت لَا يبطل بالتعيين للذبـح واللحم والنحر، فَكَذَلِكَ استوى التعيين لذلك وعدمه.

---

(١) أي مع أن هَذِهِ الأنعام صَارَتْ للحم فِي يَدِ القصاب فالمنافع الأُخْرَى غير مهدرة. حاشية أ

١١٦٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عبدٍ لِرَجُلٍ قتل رَجُلاً عَمْداً وَقَتَلَ آخَرُ خَطَأً وَلِلعَمْدِ وَلِيَّانِ فَعَفَا أَحَدُهُمَا؛ قَالَ: إِنْ شَاءَ فَدَاهُ بِخَمْسَةِ عَشرَ أَلْفَاً، خَمْسَةُ آلَافٍ لِولِي العَمْدِ الَّذِي لَمْ يَعْف، وَعَشرَةُ آلَافٍ لِولِيِّ الخَطَأِ.

وَهَذَا لَا يُشكل، لِأَنَّ نصف الحق قَدْ بطل بالعفو فبقي النصف، فَصَارَ مَالاً، وَلَمْ يبطل شيء من دم القتيل الآخر، وَلَا مزاحمة فِي الفداء.

قَالَ: فإن دفعه [دفعه][1] أثلاثاً، الثلث للذي لَمْ يعف، والثلثان لولي الخطأ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد ﷺ: أرباعاً، ربع لولي العمد وثلاثة أرباع لولي الخطأ.

احتجا بِأَنَّهُ هَذَا حقٌ واجبٌ إثباته ابتداء فثبت الفارغ لِصَاحِبِهِ، ويشتركان فِي المشغول من قِبَل أنَّ النصفين قَدْ اختلفا فِي حق الَّذِي لَمْ يعف، فأشبه العبدين والدارين.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: بأنَّ هَذَا استحقاقٌ يبتنى عَلَى حق متفاوت، وَهُوَ الحق فِي النفس وبدله، فَصَارَ نظير الوصايا والديون.

وَهَـذَا فصلٌ عظيمٌ متنوعٌ، نوعٌ مِنْهَا ما اتفقوا فِيهِ عَلَى المنازعة، ونوعٌ مِنْهَا اتفقوا فِيهِ عَلَى المضاربة، ونوعٌ مِنْهَا ما اختلفوا فِيهِ، فجعله أَبُو حَنِيفَةَ عَلَى المضاربة وجعلاه عَلَى المنازعة، ونوعٌ من ذَلِكَ ما انعكس فِيهِ هَذَا الاختلاف.

وبيان هَذِهِ الفصول وشرحها فِي كِتَاب الدَّعْوَى والمأذون والديات.

---

(١) فِي ب

١١٦٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ قَتَلَ رَجُلاً عَمْداً وَلَهُ وَلِيَّـانِ فَعَفَـا أَحَدُهُمَا؛ قَـالَ: إِنْ فَدَاهُ الْمَوْلَى فَدَاهُ بِخَمْسَـةِ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَعْفُ، وَإِنَ دَفَعَهُ دَفَعَ بِنِصْفِ الدِّيَةِ.

لِأَنَّ الرقبـة كَانَتْ لَهُمَا نِصْفَيْـنِ فَلَمَّا عفا أَحدهمَا بقي حق الآخر فِي النصف فَصَارَ مَالاً، فإن اختار مَوْلَاهُ الدفع دَفَعَ إِلَيْهِ النصف، وَإِنَ فداه فداه بنصف الدِّيَة.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ لو صَـارَ كله مَالاً لكان حق هَذَا فِي النصـف؟ فَكَذَلِكَ إِذَا صَارَ النصف من ذَلِكَ مَالاً.

١١٦٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي مَوْلُودٍ يُـولَدُ فَيَقْطَعُ رَجُلٌ ذَكَرَهُ؛ قَالَ: فِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الذَكَرُ قَدْ تَحَرَّكَ، فَإِنْ تَحَرَّكَ فقطعه، فإِنْ كَانَ عَمْداً فَفِيهِ القِصَاصُ، وإِنْ كَانَ خَطَأً فَفِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَة، وَإِنَ قَطَعَ لِسَـانَهُ وَقَدْ اسْـتُهِلَّ فَفِيهِ حُكْـمُ عَدْلٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَـدْ تَكَلَّمَ، فَإِنْ تَكَلَّـمَ فَفِيهِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ، وَكَذَلِكَ بَصَرُهُ فِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ يَعْلَمُ أَنَّهُ قَدْ أَبْصَرَ.

وهـذه كلها من خواص هَذَا الْكِتَاب، وَقَدْ نصَّ عَلَى أَنَّ القِصَاص واجبٌ فِي قَطَعَ الذكر، وقطعه عَلَى ثَلَاثَة أوجه: إن قَطَعَ من الحشـفة ففيه القِصَاص بالاتفاق لَا مكان الاسـتيفاء، وَإِنَ قَطَعَ من دون ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ اسـتيعاب أَوْ جزء من الحشفة فَـلَا قِصَاصَ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَا يمكن اسـتيفاؤه عَلَى المماثلـة، وَإِنَ قَطَعَ من أصله ففيه

القَوَد، لِأَنَّ استيفاءه ممكن، وَلَمْ يذكر فِي الْكِتَاب فِي اللسان القَوَد، فدل ذَلِكَ عَلَى أن لَا قَوَد فِيهِ أصلًا استوعب قطعه أَوْ قَطَعَ البعض مِنْهُ، وعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﵀ أَنَّ القِصَاص يجب إِذَا استوعب قطعه، والصحيح ما ذكر فِي الْكِتَاب، لِأَنَّ استيفاءه بطريق المماثلة غير ممكنٍ بحالٍ.

وَهُوَ أَنَّ مسألة الصبي أَنَّ ذكره فِي أول أحواله قبل أن تعرف حركته بِمَنْزِلَةِ ذكر الخصيّ والعنين لَا يضمن بالقَوَد وَلَا بكمال الدِّيَة، لِأَنَّ سلامته لَمْ يثبت بالدليل، وَإِنَّمَا تثبت بناءً عَلَى الظاهر وَهِيَ معدومةٌ عَلَى التحقيق، والظاهر لَا يصلح للاستحقاق، وضمانه إِنَّمَا وجب لما وُضع فِيهِ من المنفعة، فَإِذَا لَمْ يثبت لَمْ يصر مضموناً، وَإِذا تحرك فَقَدْ ظهرت سلامته بدليلٍ دل عَلَيْهَا، وَلَا عبرة بتفاوت الصغر والكبر، فَصَارَ مضموناً بِمَنْزِلَةِ من البالغ، وَكَذَلِكَ اللسان إِنَّمَا يضمن بكمال الدِّيَة لما خص بِهِ من منفعة الكلام، وَلَمْ يثبت بدليله، فَإِذَا تكلم فَقَدْ ظهرت سلامته عَلَى الوجه المعتاد.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا عبرة بتفاوت الناس فِي الفصاحة والعي، فَصَارَ مثله من البالغ.

وَكَذَلِكَ العين [والبصر][1] إِنَّمَا يضمن بالقَوَدِ وبكمال الدِّيَة لما وضع فِيهِ من الحياة والمنفعة، فَإِذَا لَمْ يثبت أشبه العين العوراء، وَإِذا ثبت ذَلِكَ بدليله صَارَ كغيره وَهَذَا القياس إِنَّمَا يطرد فِي الأعضاء كلها.

١١٦٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ تَعَالَى، فِي عَبْدٍ بين رَجُلَيْنِ قَتَلَ

(١) فِي ب

مَـوْلَىً لَهُمَا عَمْـدَاً فَعَفَا عَنْهُ أَحَدهمَـا؛ قَالَ: بَطلَ الدَّمُ كُلُّهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ ومحمـد رحمهما الله: يُقَالُ لِلَّذِي عَفَا ادْفَـعْ نِصْفَ نَصِيبَكَ إِلَى الَّذِي لَمْ يَعْفُ، أَوْ افْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ.

وذكر فِي بعض النسخ: (ولياً لَهُمَا).

والولـي القريب والْمَوْلَى أريد بِهِ القريب أَيْضَاً، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿ وَإِنِّي خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِيَ مِن وَرَآءِى ﴾ [مريـم: ٥]، يريـد بِهِ العصبة، ويحتمل أَنْ يَكُـونَ أريد بِهِ المعتَق الَّذِي أعتقاه فصارا عصبه لَهُ بالولاء، وذكر فِي بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع قول أَبِي يُوسُفَ رحمه الله وَهُوَ الأشهر، وذكر قولَهُ فِي بعض النسخ مع قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وذكـر فِي كِتَاب الديات: أنَّ عَبْدَاً لو قتل مَوْلَاهُ عَمْدَاً وَلَهُ وليان فعفا أَحَدهمَا أنَّ الدم قَدْ بطل كله عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله، وَلَمْ تختلف الروايات فِيهِ[1].

وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ رحمه الله: فِي تلك المسـألة مثل قولَهُ فِي مسـألة هَذَا الْكِتَاب، ومسألة هَذَا الْكِتَاب من الخواص.

وجه قول أَبِي يُوسُـفَ رحمه الله فِي المسألتين واحدٌ وَهُوَ ظاهرٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّ القَوَد وجب لَهُمَا فِي كل الدم عَلَى الشَّـرِكَة والشـياع فِي النصيبين جَمِيْعَاً من قبل أَنَّهُ لَا يمتنـع وجوب القود لِلمَوْلَى عَلَى عبده الَّذِي هُـوَ ملكه الخالص لما عرف أَنَّهُ فِي حق الدم حرٌّ.

فَلَمَّـا صحَّ ذَلِكَ فلأنَّ يصح الوجوب عَلَى الشـياع أولى، فَصَـارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نصف القَوَد، نصفه فِي مِلْكِهِ ونصفه فِي مِلْكِ صاحبه، فَإِذَا عفا أَحَدهمَا بطل

(١) أي لَـمْ تختلـف الرواية عن محمد رحمه الله فِي هَذِهِ المسـألة بَلْ هُوَ مع أَبِـي حَنِيفَةَ رحمه الله رواية وَاحِدَة. حاشية أ

حقه وبقي نصف حق الآخر متعلقاً بملك كنفســه، فَإِذَا انقلب مَالاً بطل، والنصف الآخر متعلقاً بملك صاحبه فَلَمْ يبطل، فَلِذَلِكَ بطل الربع.

ولأَبِـي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ القِصَاص واجبٌ لَهُمَا فِي كل العَبْد مِنْ غَيْرِ تعيينٍ، بَلْ عَلَى احتمال أن يجب حق كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نصيب نفســه أَوْ نصيب صاحبه أَوْ عَلَى الشياع، كل ذَلِكَ عَلَى السواء فِي الاحتمال.

فَإِذَا آل إِلَى الْمَال احتمل الوجوب فِي بعض الوجوه فِي الكل، وَهُوَ أن يعتبر متعلقاً بنصيب الآخر، واحتمل بطلان الكل بأن يتعلق حق كل وَاحِدٍ بنصيب نفسه، واحتمل التنصيف بأن يعتبر شائعاً فَلَا يجب الْمَال بالشك.

فَـإِنْ قَـالَ: إِذَا احتمل الوجوه كَانَ القول بالشـياع حكماً، قيـل لَهُ: هَذَا على اعتبـار حال المناصفة الثابتة فِي حق الوليين، وَذَلِكَ باطلٌ لَا حكم لَهُ فِي القَوَد لما قلنا أنَّ عبد الإنسان وعبد غيره فِي القَوَد سواء، فَصَارَ لَا أنصاف لَهُ فِي هَذَا الحكم، وصـار بِمَنْزِلَةِ عبدٍ مملوكٍ لواحدٍ، فَإِنْ كَانَ قول محمد ﵀ مع قول أَبِي حَنِيفَةَ ﵄ فَلَا حاجة إِلَى الفرق فِيهِ، وإِنْ كَانَ مع أَبِي يُوسُفَ ﵀ احتاج محمد ﵀ إِلَى الفرق بين مسألتنا وبين مسألة كِتَاب الديات.

والفـرق: أنَّ ثمة وجب القـود للقتيل وَهُوَ واحدٌ مالكٌ ثُـمَّ لرقبة العَبْد وقام الوليـان مقامه، فَإِذَا صَارَ مَـالاً صَارَ مِيرَاثاً لَا محالة فاعتبر مَـالاً للقتل وَهُوَ واحدٌ مُلـك برقبة العَبْد لِأَنَّهُ مـا صَارَ مَالاً إِلَّا عَلَى مملوكـه، لِأَنَّ ملك الوارث هُوَ ملك الميت فَلَمْ يثبت الشياع والتنصيف فبطل كله، كعبد قتل مَوْلَاهُ خطأ، فأَمَّا ههنا فإِنَّ القِصَـاص ما ثبت إِلَّا لاثنين فِي حق المملـوك، وَأَمَّا المقتول فغير المالك لرقبته، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ يثبت عَلَى المناصفة، والشياع فِي حق الملك، فانقلب مَالاً كَذَلِكَ.

١١٦٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ وَجَبَ عَلَيْهِ عَتْقُ رَقَبَـةً مُؤمِنَةً فَأَعْتَقَ رَضِيعَـاً؛ قَالَ: يُجْزِؤهُ إِنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوِيهِ مُسْـلِمَاً، وإِنْ كَانَا كَافِرِينِ فَلَا يُجْزِؤهُ، وإِنْ كَانَ عَلَيْهِ عَتْقُ رَقَبَةٍ فَلَيْس يُجْزِؤهُ أَنْ يَعْتِقَ مَا فِي البَطْنِ.

أَمَّا المسألة الْأُولَى فمن الخواص، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشرع أَمَرَ بإعتاق رقبةٍ مؤمنةٍ وَقَدْ ثبت للصغير حكم الإيمان بِالْإِسْـلَامِ أحد أبويـه فِي عامة الأحكام، فَلِذَلِكَ فِي هَذَا.

والرضيع فِي العادة هُوَ الَّذِي لَمْ يتبين سلامة أعضائه حَتَّى جَعَلَ بِمَنْزِلَةِ المقعد فِي حكم القصاص والأرش فِي المسـألة السـابقة[١]، وَقَدْ جَعَلَ فِي هَذِهِ المسـألة بِمَنْزِلَةِ تسليم الأطراف، ووجه التوفيق أنَّ سلامة الأطراف لَمْ تثبت بالدليل والقطع بحسم باب حدوث السلامة فَصَارَ النقصان لازماً.

أَمَّا الإعتاق فَلَا يحسـم باب السلامة فيكون تأويل المسألة أَنَّهُ أَعْتَقَ ثُمَّ عاش حَتَّى ظهرت سلامة [أعضائه][٢] وأطرافه حَتَّى إن مَاتَ قَبْلَ أَنْ يظهر ذَلِكَ لَمْ تباديه الكفارة، والله أعلم.

وَأَمَّا المسألة الثانية: ففي كِتَاب الأيمان وغيره، وتفسيره أنَّ يولد بعد الإعتاق بيوم[٣] أَوْ نحوه حَتَّى تثبت حياته عند الإعتاق بيقين، وَإِنَّمَا لَمْ يَجُزْ لِأَنَّهُ وَإِنَ جَعَلَ

(١) وَهِيَ مسألة قطع ذكر الصبي لَمْ توجب الدِّيَة بَلْ أوجبت حكومة عدل. حاشية أ

(٢) فِي ب

(٣) وإنما قيده بيوم أَوْ نحوه ليعلم أن عدم الجواز لَا باعتبار توهم عدم الحياة لأن الَّذِي يولد بعد الإعتاق بيوم لَا يشك بحياته زمان الإعتاق.

فِي حق حكم نفوذ العتق نفساً فَقَدْ ثبت لَهُ فِي حق أحكام البدن حكم الأطراف.

أَلَا تَـرَى أَنَّهُ يضمن بـأرش الموضحة [وَهُوَ الغرة][1] وأنَّـه لَا مالكية لَهُ وَلَا مملوكية عَلَى الإطلاق أَيْضاً، فأنَّه قائم بغيره فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ عديم الأطراف؟

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: إِنَّ القصاص يجب فِي السن والعين واليد، وإِنْ كَانَ ذَلِكَ من الجاني أكبـر، لِأَنَّ الله تَعَالَى أوجب القَوَد فِيهِ لقولَهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المائـدة: ٤٥]، مِـنْ غَيْرِ تقييد مع علمنا أنَّها لَا تسـتوي أَبَدَاً بَلْ تتفـاوت فثبت أنَّ التفاوت هدر للعجز عن الاحتـراز وبطلان حكم القود، ولأنَّ المعتبر حياتها ومنفعتها وعصمتها، وَهِيَ فِي ذَلِكَ منفعة، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

❁ ❁ ❁

---

(١) فِي ب

[بَابُ مَا يَجِبُ فِيهِ القِصَاصُ وَمَا لَا يَجِبُ وَتَجِبُ الدِّيَةُ]

١١٧٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ شَجَّ نَفسَهُ وَشَجَّهُ رَجُلٌ وَعَقَرَهُ أَسَدٌ وَنَهَستْهُ حَيَّةٌ فمَاتَ من ذَلِكَ كله؛ قَالَ: الأَسَدُ وَالحَيَّةُ شَيءٌ وَاحِدٌ، وَعَلَى الرَّجُل ثُلُثِ الدِّيَةِ.

ونظيرها فِي الزيادات.

وَذَلِكَ لِأَنَّ فعل الإنسان فِي نفسه لَيْسَ بهدرٍ[١]، وَإِنَّمَا يهدر حكمه للتنافي كما يهدر فعل الإنسان فِي عبده.

وألا ترى أنَّ من قتل نفسه لَمْ يَكُنْ هدراً؟

حَتَّى قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله أَنَّهُ يصَلَّى عَلَيْهِ ويغسل، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يغسل وَلَا يصَلَّى عَلَيْهِ، ويأثم بِالْإِجْمَاعِ.

وفعل البهائم هدرٌ أصلًا فَصَارَ فِي حكم العدم فِي حق الفاعل[٢].

والهدر فِي مقابلة الوجوب جنس واحد[٣] فيجب أن يرفع عَنْهُ ما فعله الجارح

---

(١) فثبت أن فعله غير مهدر أَمَّا فِي الآخرة بِالْإِجْمَاعِ وَأَمَّا فِي الدنيا عند أَبِي يُوسُفَ رحمه الله. حاشية أ

(٢) فَصَارَ كَانَ ثلثه تلف بلا حول أحد فاعتبرنا فعله لإسقاط الضمان. حاشية أ

(٣) أي مِنْ حَيْثُ أنّه لَا يجب شيء فَصَارَ كأنه تلف ثلثه لَا بفعل أحد وثلثه بفعل نفسه وثلثه =

بِنَفْسِـهِ، ويرفـع عَنْهُ ما لَمْ يفعله أَيْضَـاً وَهُوَ كرجلٍ بِهِ دماميـل قاتلة وجرحه رجل فمَاتَ من الكل أنَّ الجارح يضمن النصف ويرفع النصف ويسقط عدد الدماميل.

١١٧١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي رَجُلٍ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قتل وليّه فَشَهِدَ لَهُ شَاهِدٌ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِالْعَصَا، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِالسَّيْفِ؛ قَالَ: هُوَ بَاطِلٌ.

١١٧٢- وَإِنَ شَـهِدَ لَهُ شَاهِدٌ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِالْعَصَا[1]، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ قَتَلَهُ وَلَا أَدْرِي بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ، قَالَ: هُوَ بَاطِلٌ كُلُّهُ.

لِأَنَّ حكم القتيل يختلف باختلاف الآلة، فَصَارَ المشهود بِهِ مختلفاً فبطل.

وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: (لَا أدري) لِأَنَّهُ أبطل شهادته بِذَلِكَ من قبل أنَّ الاتفاق شرط والاتفاق لَا يثبت بِهِ، والمسألة الْأُولَى من الخواص.

وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله فِي الشاهدين قالا نشهد أَنَّهُ قَتَلَهُ وَلَا ندري بِأَيِّ شَيْءٍ قَتَلَهُ، قَالَ: (أقضي عَلَيْهِ بالدية).

وذكر فِي الأصل أَنَّهُ استحسانٌ.

= بفعـل الأجنبي، وَلَوْ كَانَ هكذا يلزم الأجنبي ثلث الدِّيَة كذا هنا ويجب هَذَا الثلث فِي مَالِهِ لأنه عمد. حاشية أ

(١) توضحة أنَّ الَّذِي شَـهِدَ بِالْعَصَا شَـهِدَ بقتل هُوَ شبه العمد والآخر شَهِدَ بمطلق القتل وَهُوَ يحتمـل أن يكـون عمداً ويحتمل أن يكون شـبه عمـد ويحتمل أن يكون خطـأً فَلَمْ يثبت الاتفاق بالمشهود بِهِ. حاشية أ

وجه القياس: أنَّ هَذَا غفلة من الشـاهدين [فَلَا تقبل شهادتهم](١)، ويحتمل الاختلاف أَيْضَاً.

ووجه الاستحسـان: أنَّ الشـاهد مندوبٌ إِلَى أن يسعى للدرء فِي العقوبات، فحمل أمرهما عَلَى هَذَا احساناً للظن بهما وَذَلِكَ سائغٌ.

وإِنْ كَانَ كذباً لِأَنَّ الشرع أطلق الكذب فِي إصلاح ذات البين ونظائره، وَهَذَا أحق من ذَلِكَ.

والاختلاف(٢) لَا يثبت بالشـك، فثبت بِهِ الدِّيَـة وبطل القود، وهذه الدِّيَة فِي مَالِهِ لِأَنَّ مطلق القتل عمد فِي الأصل، وَلَا يثبت الخطأ بالشك.

١١٧٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يقطع كَفَّ الرَّجُل مِنْ الْمِفْصَلِ وَلَيْسَ فِي الْكَفِّ إِلَّا أصبعٌ وَاحِدٌ أَوْ أُصْبُعَانِ؛ قَالَ: إِنْ كَانَ فِيهَا أصبعٌ فَفِيهِ العُشر، وإِنْ كَانَ إصبعان(٣) فَفِيهِ الخُمس يُرِيدُ بِهِ مِنْ الدِّيَة، وَلَيْسَ فِي الْكَفِّ شيءٌ، وَإِنَ لَمْ يَكُنْ فِيهَا أصبع فَفِي الكَّفِّ حُكُومَةِ عَدْلٍ.

---

(١) فِي ب

(٢) أي الاختلاف فِي الآلة. حاشية أ

(٣) قيد بالأصبعين لأنه لو كَانَ ثَلَاثَة يجب أرش الأصابع وَلَا شـيء فِي الْكَفّ بِالْإِجْمَاع لِأَنَّ الكـف تبع والأصابع أصـول وحق التقويـم لِأَنَّ النص ورد فِيهِ والأكثـر قائم فتقوم مقام الكل، وَلَوْ قطع الأصابع كلها دون الكف يجب نصف الدِّيَة وَلَا يجب لأصل الكف شيء لأنه تابع للأصابع. حاشية أ

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ومحمد رحمهما الله: ينظر إِلَى أرش الأصبع والكف، فيدخل أقلها فِي أكثرهما، ويجب أكثرهما.

وجه قولَهُما: أنَّ الجمع بين أرش الأصبع وأرش الكف بِغَيْرِ أصبع ممتنعٌ، لِأَنَّ ضمان الأصابع هُوَ ضمان الكف، وضمان الكف هُوَ ضمان الأصابع، فَهُوَ شيءٌ واحدٌ.

وَلَمْ يستقم إبطال الأصبع لِأَنَّهُ جَعَلَ أصلًا فِي الشريعة.

وَلَمْ يصح إبطال أرش الكف لِأَنَّ الأصبع باعتبار قيام منفعة البطش بِهِ جَعَلَ أصلًا، وَقَدْ فات أكثره فوَجَبَ الترجيح بالكثرة كما قلنا فِيمَنْ شج إنساناً وتناثر بعض شعره.

ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ الأصبع أصلٌ حقيقةً وحكماً فَهُوَ أحق بالاعتبار من الَّذِي هُوَ تابع فِي حكم ضمان الدِّيَة، أَمَّا الحكم: فلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الدِّيَة مقابلة بالأصابع، فَقَالَ: (فِي كُلِّ إِصْبَعٍ عَشَرَةٌ مِنْ الْإِبِلِ)[1]، وَأَمَّا الحقيقة: فلأن منفعة الكف هُوَ البطش والقبض والبسط، وَذَلِكَ قائمٌ بالأصابع فصارت الأصبع راجحة[2]

(١) رواه الطيالسي فِي مسنده برقم/ ٥١١/.

(٢) أي الترجيح بنفس الأصابع أولى من الترجيح بمعنى العضو مِنْ حَيْثُ القيمة لأن هَذَا الترجيح راجع إِلَى الذات فتكون أحق مع كونه أصلًا فِي الضمان من الترجيح بمعنى الواجب لأن هَذَا انما يتأتى أن لو استوى الواجبان فِي السمت وَلَمْ يستويا لِأَنَّ أرش الأصابع منصوص عَلَيْهِ وأرش الكف غير منصوص عَلَيْهِ، فَلَمْ يستقم أن يجعل غير المنصوص أصلًا للمنصوص بِخِلَافِ أرش الموضحة مع تناثر الشعر لِأَنَّ كُلَّ واحد مِنْهَا منصوص عَلَيْهِ فِي الثبوت فيدخل الأقل فِي الأكثر. حاشية أ

باعتبار الذات[1] وباعتبار المعنى[2]، وصار الترجيح بالذات والعين أحق من الترجيح بمقدار الواجب.

١١٧٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يَفْتَضُّ الْمَرْأَةَ فيُقْضِيهَا إِلَى آخَرَ الفَصْلِ.

فَقَـدْ جَعَلَ هَذِهِ المسـألة عَلَى وجوه؛ مِنْهَا أن تكون الْمَـرْأَة مطاوعة مِنْ غَيْرِ دعوى شبهة أَوْ مستكرهة مِنْ غَيْرِ دعوى شبهة أَيْضاً، أَوْ كَانَ مع ذَلِكَ دعوى شبهة، وكان الإفضاء بحيث يستمسك البول مَعَهُ أَوْ لَا يستمسك.

والقسـم الآخر أَنْ يَكُونَ بآلةٍ حادةٍ غير آلة الرِّجَال من حجرٍ أَوْ خشـبٍ أَوْ ما أشـبه ذَلِكَ، أَمَّـا إِذَا كَانَتْ مطاوعة مِنْ غَيْرِ شـبهةٍ فعَلَيْهِما الحد لوجود الزنا، وَلَا شـيء فِي الإفضاء لوجود الإذن، كرجلٍ قَـالَ لِرَجُلٍ: اقطع يدي أَوْ اجرحني.

وَأَمَّـا إِذَا كَانَتْ مسـتكرهة مِنْ غَيْرِ شـبهةٍ فإنَّ الحد واجـبٌ عَلَيْهِ، وَلَا يجب عَلَيْهَا وَلَا عَلَى الرَّجُل عقرٌ فِي شَيْءٍ من هَذَا لوجوب الحد[3]، لِأَنَّ مذهبنا أنَّ الحد

(١) كلاهما واحد. حاشية أ

(٢) فِي ب: العين

(٣) هَـذَا اذَا كَانَتْ الْمَرْأَة كبيرة يصح إسـقاط حقها فإن كَانَتْ صغيـرة فإن كَانَتْ يُجَامِع مثلها فالجواب فِيهِ كالجواب فِي الكبيرة إِلَّا أنَّ رضاها لَا يعتبر فِي إسـقاط الأرش لِأَنَّهَا لَيْسَـتْ من أَهْل إسقاط حقها وَكَذَلِكَ فِي الصغيرة الَّتِي لَا يُجَامِع مثلها. حاشية أ

مَتَى وَجَبَ بطل بِذَلِكَ حق العَبْد فِي المستوفى أصلًا ويجب أرش الإفضاء إِنْ كَانَ يستمسك فثلث الدِّيَة لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الجايفة[1].

وإِنْ كَانَ لَا يستمسك فكل الدِّيَة لِأَنَّهُ إتلاف منفعة لَا نظير لَهَا فِي البدن وَلَمْ يوجد مِنْهَا إذن يبطل بِهِ أرش الْجِنَايَة.

وإِنْ كَانَ يَدَّعِي شبهة مع ذَلِكَ، فالجواب فيهما سواء أعني فِي الكره والطواعية فِي حق سقوط الحد.

فأمَّا فِي الأرش فَلَا، بَلْ لَا أرش فِي الطواعية بحالٍ.

وَأَمَّا فِي الكره فَإِنَّهُ يجب ثلث الدِّيَة أَوْ كلها عَلَى ما قلنا.

وَأَمَّا المهر فَإِنَّهُ يجب مع ثلث الدِّيَة فِي الكره والطواعية[2] جَمِيْعَاً، وَأَمَّا مع جميع الدِّيَة فَلَا يجب عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يجب لِأَنَّ المهر والدية مالان مختلفان، إِنَّمَا يجب المهر بإتلاف المنفعة والدية بإتلاف العضو.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يدخل ثلث المهر فِي ثلث الدِّيَة؟ فَكَذَلِكَ لَا يدخل الكل فِي الكل، وَكَذَلِكَ لَا يمتنع بِهِ وجوب الحد، والعُقر[3] يخلف الحدَّ.

ووجه قولَهُما: أَنَّ ضمان كل العين يمنع ضمان جزءٍ مِنْهُ لما فِيهِ من التكرار

(١) الجايفة: هُوَ الجرح النافذ إِلَى الجوف، كما ورد فِي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وفيه: (وَفِي الجائفة ثلث العقل) رواه أحمد وأبو داود.

(٢) فِي الطواعية هنا نظر لأنه قَالَ: لَا أرش فِي الطواعية. حاشية أ

(٣) العقر: مهر المثل، واشتهر قولَهُ: (كل وطءٍ فِي دار الْإِسْلَام لَا يخلو عن عقرٍ أَوْ عقر) أي: حدٌّ أَوْ مهر.

لما قلنا فِيمَنْ شــج رأس إنسان وتناثر مِنْهُ شعر الرأس أَنَّهُ يجب الدِّيَة ويبطل أرش الشجة، ومتى لَمْ يستغرق الرأس سقوط الشعر دَخَلَ أقلهما فِي أكثرهما فكذا هنا.

وَإِنَّمَــا قلنا هَــذَا لِأَنَّ الدِّيَة ضمان إتلاف هَذَا العضو، والعُقر فِي معنى ضمان جزءٍ مِنْهُ فِي الحكم عَلَى ما عرف فِي كِتَاب النكاح والبيوع(١).

والعبــرة للحكم دون الحقيقة فوَجَــبَ القول بالتنافي، وَأَمَّــا إِذَا وَجَبَ ثلث الدِّيَة فَقَدْ روى الحسن عن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ أقلهما يدخل فِي الأكثر كما فِي مسألة الرأس.

ووجه ظاهر الروايــة: أَنَّا إِنَّمَا أبطلنا المهر لوجوب ضمان كل العين المنافي لضمان جزئه وثلث الدِّيَة ضمان الإجافة لَا ضَمَانَ شيء من العين(٢).

وذكر فِي مســألة الرمي بالحجــر وغيره من الجواب مثل مــا قلنا فِي المهر، وضمــان ثلث الدِّيَــة أَوْ كل الدِّيَة والاختلاف الَّذِي حكينــا، إِلَّا أَنَّهُ أَوجَبَ الأرش فِــي مَالِهِ لمكان العمد، بِخِلَافِ الإفضاء بالذكر لِأَنَّــهُ خطأ فوَجَبَ بِهِ الأرش عَلَى عاقلته.

وَقَالَ مشايخنا ﷺ: لَا معنى لذكر المهر فِي هَذِهِ المسألة لِأَنَّ المهر مخصوصٌ باقتضاء الشهوة دون الْجِنَايَة بالحجر والإصبع.

ويحتمــل أَنْ يَكُونَ هَذَا ملحقاً بِهِ تعظيماً لحرمة الأبضاع كما قلنا فِي مســألة

---

(١) فِيمَــا إِذَا وطــأ جارية ثم اطلع عَلَى عيب فَإِنَّهُ يمنع الرد عندنا لأنه بِمَنْزِلَةِ إتلاف جزء مِنْهَا. حاشية أ

(٢) لأن منفعــة العيــن باقية حيث يستمســك البول، وإنمــا يجب ثلث الدِّيَة بســبب الإفضاء فوجوب العقد فِيهِ لَا يؤدي إِلَى التكرار. حاشية أ

التقاء الختانين مِنْ غَيْرِ إنزالٍ، والشبهة قائمة[1].

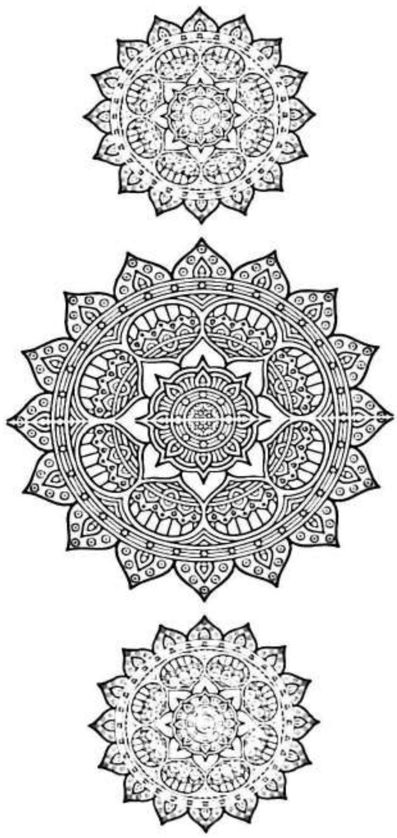
وَلَا يوجد هَذَا فِي كل النسخ فلعله وقع سهواً، والله أعلم.

وَلَا يلزم أَبَا حَنِيفَةَ وأبا يُوسُـفَ ﵄ الجمع بين الدِّيَة والحد لِأَنَّ الحدَّ ضمان الفعل لَا ضَمَانَ الجزء من العين فَلَا ينافيه ضمان كل العين.

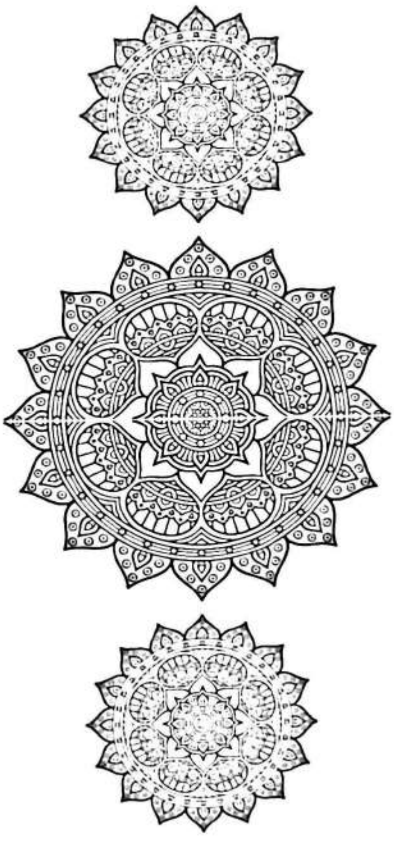
والفصـل الْأَوَّل من وجوب الحد وثلـث الدِّيَة أَوْ كلها فِـي كِتَاب الحدود، والثاني من الخواص.

---

(١) حيث يجب العقد بدون قضاء الشهوة أي فِي الوطء بشبهة. حاشية أ



٤١- كِتَابُ الوَصَايَا



[بَابُ الْوَصِيَّة بِثُلُثِ الْمَال]

١١٧٥- مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أولادٍ لَهُ ثلاثٍ وَلِلْفُقَرَاءِ وَالْمَساكِينِ؛ قَالَ: يُقسم الثُّلُثُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ثَلَاثَة أَسْهُمٍ، وَلِلْفُقَرَاءِ سَهْمٌ، وَلِلْمَسَاكِينِ سَهْمٌ.

قالوا: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄.

وعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ ﵀: يقسم عَلَى سبعة أَسْهُمٍ، للفقراء سهمان وَلِلْمَسَاكِينِ سهمان ولأمهات الأولاد ثَلَاثَة أَسْهُمٍ.

وأصله: أنَّ الْوَصِيَّة للفقراء تتناول الواحد منهم فِي قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﵄.

وعند محمَّد ﵀ تتناول الجمع، وأدناه اثْنَانِ فصاعداً فِي الوصايا، وكذا المساكين فيصير عدد المستحقين خمسةً عندهما، سبعةً عند محمَّد ﵀.

والفقراء جنسٌ غير المساكين بِالْإِجْمَاعِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الله تَعَالَى عطفهم عَلَيْهِم.

وَقَدْ روينا عن أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِي أول هَذَا الْكِتَاب أَنَّ المسكين الَّذِي يسأل، والفقير الَّذِي لَا يسأل.

قَالَ محمَّد ﵀: صيغة الإيجاب معتبرةٌ فِي إيجاب العباد[1].

---

(١) بدليل أنّه لو قَالَ: ثلث مالي لهؤلاء المساكين وأشار إِلَى جماعة وهم ثَلَاثَة أَوْ عشرة لَا يَجُوزُ صرف الثلث كله إِلَى واحد فكذا هنا لأنّه اسم جمع. حاشية أ

أَلَا تَرَى أَنّا اعتبرنا المساكين مع الفقراء كل صنفٍ عَلَى حدةٍ، وَفِي الصدقات إِذَا صُرفت إِلَى وَاحِدٍ من جنسٍ وَاحِدٍ جَازَ.

ولأَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنَّ الْوَصِيَّة إِنَّمَا صحت باعتبار أَنَّها جهة قربةٍ، فوقعت لله تَعَالَى لَا لاعتبار أعيانهم.

وَإِذا كَانَ كَذَلِـكَ وَجَبَ اعتبار أدنى ما ينطلق عَلَيْهِ الاسـم، وَذَلِكَ واحدٌ لِأَنَّ اسم الجنس يتناول الواحد فصاعداً.

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿ لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ ﴾ [الأحزاب: ٥٢].

وَكَذَلِكَ من حلف لَا يتزوج النِّسَـاء حنث بنكاح امرأةٍ وَاحِدَة، ومن حلف لَا يُكلم النَّاس حنث بكلام رجلٍ وَاحِدٍ، كذا هَذَا.

وإيجاب العَبْد معتبرٌ بإيجاب الله تَعَالَى ما أمكن.

[بَابُ بَيْعِ الأَوْصِيَاءِ وَالْوَصِيَّةِ لَهُمْ]

١١٧٦- **مَسْأَلَةٌ**

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، قَالَ: مُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ عَلَى الْوَرَثَة جَائِزَة.

معناه: إِذَا كَانَ الْمُوصَى لَهُ حاضراً والورثةُ غُيباً.

ومُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْوَرَثَة عَلَى الْمُوصَى لَهُ باطلٌ.

معناه إِذَا كَانَتْ الْوَرَثَة حضوراً والْمُوصَى لَهُ غائبٌ، فإن قاسم وأخذ نصيب الْمُوصَى لَهُ فَضَاعَ فِي يَدِهِ كَانَ للموصى لَهُ أَنْ يَأْخُذَ من الْوَرَثَة ثلث ما فِي أيديهم.

ووجه ذَلِكَ: أَنَّ مُقَاسَمَة الْوَصِيِّ عَلَى الْمُوصَى لَهُ لَا تصح لِأَنَّهُ خصمٌ عَنْهُ، لِأَنَّ الْوَصِيّ نائبُ الميت، والميت لَيْسَ بخصمٍ عَلَى الْمُوصَى لَهُ، وللموصى لَهُ مِلكٌ جديد.

فَلِذَلِكَ لَمْ تصحَ قسمته عَلَى الْمُوصَى لَهُ.

وَإِذَا قبضه الْوَصِيّ كَانَ ذَلِكَ أمانةً فِي يَدِهِ، لِأَنَّ الْوَصِيّ دائمٌ عَلَى القبض الْأَوَّل، فَإِذَا ضَاعَ فِي يَدِهِ جَعَلَ ضائعاً قبل الْقِسْمَة فبقي ما فِي الْوَرَثَة مشتركاً بينهم وبين الْمُوصَى لَهُ.

فأمَّا قسمةُ الْوَصِيّ عَلَى الْوَرَثَة فجَائِزَة لِأَنَّ الْوَصِيّ نائب الميت، والورثة

خلـفٌ عن الميت، فَصَـارَ الْوَصِيّ نائبـاً عنهم فِي حكم الخلافة فصحت قسـمته عَلَيْهِم.

وَأَمَّا مسـألة الْقِسْمَة فِي الْوَصِيَّة بِالْحَجّ فَقَدْ مرت من قبل فِي كِتَاب الحَجّ فَلَا نعيدها.

١١٧٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ هَذِهِ الألف فَدَفَعَهَا الْوَرَثَة إِلَى القَاضِي فقسمها؛ قَالَ: الْقِسْمَةُ جَائِزَةٌ.

لِأَنَّ الْوَصِيَّة قَدْ صحت للموصى لَهُ وإِنْ كَانَ غائباً.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو مَاتَ قبل القبول صَارَ مِيرَاثاً لورثته عَنْهُ؟ وَإِذا صحت وللقاضي عَلَيْهِ ولاية النظر[1] كَانَ لَهُ أن يفرز نصيبه ويقبضه، حَتَّى إِذَا فعل ثُمَّ هَلَكَ المقبوض ثُمَّ حضر الغائب لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْوَرَثَة سبيلٌ.

❁ ❁ ❁

(١) وَلَهُذا يَمْلِك بيع ما يخشى عَلَيْهِ التولي والتلف عَلَى الغائب كقيمة الموصى لَهُ.

[بَابُ العِتْقِ فِي المَرَضِ وَالْوَصِيَّةِ بِالعِتْقِ]

١١٧٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ مَرِيضٍ يُقِرُّ لِامْرَأَةٍ بِدَيْـنٍ أَوْ يُوصِي لَهَا بِوَصِيَّةٍ أَوْ يَهَبُ لَهَا هِبَةً فَقَبَضَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ يَمُوتُ مِنْ ذَلِكَ المَرَضِ؛ قَالَ: الدَّيْنُ جَائِزٌ، وَالهِبَةُ وَالْوَصِيَّة بَاطِلَةٌ.

أَمَّـا الإقرار بالدين فَقَدْ صحَّ عَلَى سـبيل التِّجَـارَة دون الوصايا، فَلَمْ يتوقف عَلَى الموت فَلَمْ يؤثر فِيهِ النكاح الحادث.

وَأَمَّا الْوَصِيَّة فإِنَّما تقع عند الموت وَهِيَ يَوْمَئِذٍ وارثةٌ فبطلت.

وَأَمَّا الهبة فَإِنَّهَا وَإِنَ وَقَعَتْ للحال إِلَّا أَنَّها وَقَعَتْ وقوع الوصايا لِأَنَّهَا تبرعٌ.

أَلَا تَـرَى أَنَّ من وهـب عَبْدَاً فِي مَرَضِ مَوْتِهِ لأجنبي وَهُوَ جميع ماله وسـلّم صـحَّ وصار ملـكاً للموهوب لَهُ؟ ثُمَّ إِذَا مَاتَ من ذَلِكَ المرض وَجَبَ الفسـخ فِي الثلثين حقاً للورثة، وَفِي الكل حقاً للغرماء، وصار كالمتعلق بالموت، كذا هنا.

وَقَـالَ فِي المريض يقر لابنه وَهُوَ نصراني بدينٍ، أَوْ وهب لَهُ هبةً فقبضها، أَوْ أَوْصَى لَهُ بِوَصِيَّةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ الابن ثُمَّ مَاتَ الرَّجُل.

قَالَ: ذَلِكَ كله باطلٌ.

وَكَذَلِكَ لو كَانَ الابن عَبْدَاً فأعتق فِي هَذَا.

أَمَّا الهبة والْوَصِيَّة فَلَا شبهة فيهما لما قلنا إِنَّ المعتبر فيهما حالُ الموت.

وَأَمَّا الإقرار فلأنَّه حصل لمن لَهُ سببُ الإرث، وَإِنَّمَا كَانَ بِهِ مانعٌ.

وَإِنَّمَا المعتبر فِي غَيْرِ حال الاستحقاق قيام السبب، وَهُوَ موجودٌ فَصَارَ باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا، وَذَلِكَ مثل من أَقَرَّ لأخيه وَلَهُ ابنٌ ثُمَّ هَلَكَ الابن ثُمَّ هَلَكَ المقرُّ والأخ المقرُّ لَهُ وارثه أَنَّهُ باطلٌ لما قلنا كذا هنا.

١١٧٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ لَهُ سِتمائَةِ دِرْهَمٍ وَلَهُ أَمَةٌ تُسَاوِي ثَلَاثمَائَةٍ وَلَا مَالَ لَهُ غَير ذَلِكَ، فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَـوَلَدَتْ الْجَارِيَة وَلَدَاً يُسَاوي ثَلَاثمَائَةٍ قَبْلَ الْقِسْمَةِ؛ فَلِلمُوصَى لَهُ الجَارِيَةُ وَثُلُثُ وَلَدِهَا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵏: للموصى لَهُ ثلثا الْجَارِيَة وثلثا ولدها، فإن كانوا اقتسموا وأخذ الْوَرَثَة الستمائة والْمُوصَى لَهُ الْجَارِيَة ثُمَّ ولدت فالولد للموصى لَهُ.

وجه قولَهُما: أنَّ الْوَصِيَّة تسري إِلَى الزوائد الحادثة قبل الْقِسْمَة بِالْإِجْمَاعِ لكون التركة باقيةً عَلَى ملك[1] الميت، وَإِذا ثبتت السراية صَارَ كَانَ الْوَصِيَّة وَقَعَتْ بهما وقيمتهما مثل نصف الْمَال، [وثلث الْمَال مثل نصف الْمَال][2] وثلث الْمَال مثل ثلثيهما، فوَجَبَ تنفيذ الْوَصِيَّة فِي ثلثي كل واحد مِنْهُمَا.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀ أنَّ الأمَّ أصلٌ والولد تابعٌ، ولَا يَجُوزُ مناقضة الأصل بِمَا هُوَ تابعٌ لَهُ، والْوَصِيَّة قَدْ صحت بالأم إِذَا كَانَتْ هِيَ مثل ثلث الْمَال.

---

(١) فِي ب: حق

(٢) فِي ب

ولما ولدت فَلَوْ جعلنا الْوَلَد مشتركاً مَعَهَا لانتقض بعض الْوَصِيَّة فِي الأمِّ، ولَا يَجُـوزُ نَقَضَ الأصل بِمَا هُوَ تابعٌ، فوَجَبَ تقريـر الْوَصِيَّة فِي الأمِّ لكونها مقصودةً، ثُمَّ تكميل الأصل بالزيادة عَلَى غير سبيل المناقضة، وَلَيْسَ كَذَلِكَ البيع لِأَنَّ القول بالشـركة لَا ينقض شَـيْئاً فِي الأصل، وَإِنَّمَا ينحط بعـض الثَّمَن عن الأصل وَذَلِكَ جائزٌ لَا بَأْسَ بِهِ مع قيام العقد كله، كما يصح حط بعض الثَّمَن.

فأمَّا إِذَا اقتسـموا فَقَدْ خرجت التركة عن حكم ملك الميت، فحديث الزيادة عَلَى خالص ملك الْمُوصَى لَهُ، وَلَمْ يكن لذلك يَوْمَئِذٍ حكم الابتداء فَلَمْ يدخل فِي الثلث، وَلَهُا قبل الْقِسْمَة حكم الابتداء فدخل فِي الثلث.

١١٨٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ مَاتَ وترك عَبْدَاً وعَلَيْهِ دينٌ، فَأَقَـامَ الغُرمَاءُ البَيِّنَةَ بِدَينِهِم، فَبَاعَ الْـوَصِيُّ العَبْدَ بِأَمْرِ القَاضِي وَأَخَـذَ الثَّمَنَ فَضَاعَ فِي يَدِهِ ثُمَّ اسْـتُحِقَ العَبْدُ أَوْ مَاتَ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْـتَرِي؛ قَالَ: يَرْجِع الْمُشْـتَرِي عَلَى الْوَصِيِّ بِالثَّمَنِ، وَيَرْجِـعُ الوَصِيُّ بِالثَّمَنِ عَلَى الغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّ إِنَّمَا بَاعَ لِلغُرَمَاءِ.

فَـإِذَا ضمن الْوَصِيّ الثَّمَن بسـببِ أَنَّ عَلَيْهِ العهدةُ رَجَـعَ عَلَى من وقع البيع لَـهُ، فـإِنْ كَانَ القَاضِي أَوْ أمينَ القَاضِي بَاعَهُ لَمْ يَكُـنْ عَلَى أحدهما ضمانٌ ورجع الْمُشْـتَرِي بالثمـن عَلَى الغرماء، لِأَنَّ القَاضِـي أَوْ أمينه إِنَّمَا يبيعان بحق الرسـالة والحكـم فَـلَا يكون عَلَيْهِما عهدةٌ، فَإِذَا بطلت العهـدة عن العاقد رجعت إِلَى من وقع لَهُ العقد.

١١٨١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي إِلَى الرَّجُلِ فَيَقْبَلُهُ فِي حَيَاتِهِ ثُمَّ يَمُوتُ الْمُوصِي؛ قَالَ: قَدْ لَزِمَتْهُ الْوَصِيَّة. وَإِنَ رَدَّ لَمْ يَكُنْ رَدُّهُ رَدّاً، وَإِنَ لَمْ يَقْبَلْ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي فَبَاعَ شَيْئاً مِنْ تَرِكَتِهِ فَقَدْ لَزِمَتْهُ الْوَصِيَّة[1].

أَمَّا إِذَا قبل الْوَصِيَّة فِي حياة الْمُوصِي فَقَدْ وَجَبَ الحق للموصي، لِأَنَّ الإيصاء شُرع نظراً للموصي، فَإِذَا رد ذَلِكَ بعد موته لَمْ يَصِحَّ، لِأَنَّ ذَلِكَ حق غيره عَلَيْهِ فَلَا يَمْلِك الرد، وَإِنَّمَا هَلَكَ الْمُوصِي معتمداً عَلَى قبوَلَهُ، [فَلَا يَمْلِك الرد لِأَنَّهُ][2] لو كَانَ يصح رده لبطلت حقوق الميت، وَإِذا لَمْ يَكُنْ قبله فِي حياته فَلَهُ الخيار بعد وفاته، لِأَنَّ الْمُوصِي لَا يَمْلِك الإلزام.

فَإِذَا بَاعَ شَيْئاً من تركته وَهُوَ يعلم [بالإيصاء][3] فَقَدْ وُجدت دلالة القبول فلزمته.

قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى إِلَيْهِ فَبَاعَ الوصيُّ شَيْئاً من تركة الْمُوصِي بعد موته وَهُوَ لَا يعلم بإيصائه، قَالَ: هُوَ جائزٌ وَهُوَ وصيٌّ.

قَالَ: وَلَوْ كَانَ وكله رجل بِالْبَيْعِ فَبَاعَ شَيْئاً من متاعه وَهُوَ لَا يعلم بالوكالة كَانَ باطلًا.

والفرق أَنَّ الإيصاء إثبات خلافةٍ للحال، والتصرفُ من ثمراته، وَذَلِكَ لِأَنَّ

---

(١) لتنصرف فِي أمواله وتسعى فِي أسبابه بعد وفاته ويتدارك الْوَصِيّ ما فات عَلَيْهِ فِي حياته.

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

ولايـة الْمُوصِي تنقطع بالموت فَلَا يصح إضافة الإيجاب إِلَى حال انقطاع الولاية كمن أضاف إعتاق العَبْد إِلَى حال انقطاع مِلكه[١] أَوْ انقطاع ولايته.

وَإِذا كَانَ استخلافاً صحّ بِغَيْرِ علمٍ كالإرث شُرع بِغَيْرِ علمٍ، فَلِذَلِكَ صحّ بيعه، ولما صحّ البيع صَارَ لازماً حكماً لنفاد البيع فَلَا يَمْلِك رده.

فأمّا التوكيل فإثبات ولاية [التصرف][٢] فَلَا يصح بِغَيْرِ علمٍ من يثبت عَلَيْهِ[٣] كإثبات الملك بطريق البيع والهبة.

قَالَ: ومن أعلمه بالوكالة فَهُوَ جَائِزٌ، يريد بِهِ إِنْ كَانَ حراً أَوْ عَبْدَاً أَوْ فاسـقاً أَوْ صبياً عاقلًا، لِأَنَّ هَذَا خبرٌ لَمْ يتضمن إلزاماً، وَإِنَّمَا هُوَ إطلاقٌ محضٌ، وَإِنَّمَا تُشترط العدالة والبلوغ لإلزام المجبر بِهِ.

وَإِنَ أخبر بعزله مخبرٌ لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يشـهد شاهدان أَوْ رجلٌ عدلٌ وَهُوَ قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: من أخبر بِذَلِكَ [وَهُوَ حقٌ][٤] فَهُوَ صحيحٌ.

وَكَذَلِـكَ هَذَا فِـي العَبْد يجني فأخبر بِـهِ الْمَوْلَى ثُمَّ يبيعـه أَوْ يعتقه، وَكَذَلِكَ الشـفيع إِذَا أُخبر فسـكت عن الطلب، وَكَذَلِكَ البكر إِذَا أخبرت بالنكاح فسكتت، وَكَذَلِكَ الْمُسْلِم الَّذِي لَمْ يهاجر[٥] إِذَا أخبر بِشَيْءٍ من الشرائع، فكل هَذَا على هَذَا

---

(١) بأن قَالَ إن بعت عَبْدِي فَهُوَ حُرٌّ. حاشية أ

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب: لَهُ

(٤) فِي ب

(٥) عدّ إخبار الْمُسْـلِم الَّذِي لَمْ يهاجر إلينا من المعاملات لأن الخواص قل ما يتحقق لهم =

الاختلاف يشترط عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ إمَّا العدد أَوْ العدالة، وَلَا يشترط عندهما.

وجـه قولَهُما: أَنَّهُ من المعاملات فَلَا يُشـترط لَهُ العدالـة، كالهدايا وكما فِي المبني المثني وكأنواع الإطلاق[1]تام، ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀ أَنَّ هَذَا خبرٌ تامٌ مُلزمٌ فَصَارَ من هَذَا الوجه شبيهاً بالشهادات من [حيث أَنَّه][2] يَسْتَغْنِي عن الحكم [فـ][3]فارق الشهادات فشرطنا أحد قسمي شروط الحجج الملزمة[4].

١١٨٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُـلِ يَمُوتُ وَيَتْرُكُ عَبْـدَاً وعَلَيْهِ دَيـنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ فَيَبِيعُ الْوَصِيُّ العبدَ بِغَـيْرِ مَحْضَرٍ مِنْ الغُرَمَاءِ؛ قَالَ: بَيْعُهُ جَائِزٌ، لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوصِي.

وَلَـوْ بَاعَهُ الْمُوصِي فِي مَرَضِ مَوْتِهِ صحَّ مِنْ غَيْرِ رضا الغرماء وَلَا بحضرتهم مـع تعلق حقهـم بِهِ، فَكَذَلِكَ بيع من قَـامَ مقامه، وَهَذَا بِخِـلَافِ الْمَوْلَى يبيع عبده المديون أَنَّهُ لَا يصح بِغَيْرِ رضا الغرماء، لِأَنَّ للغرماء حقاً فِي سعاية المأذون، والبيع يبطله.

فأمَّا ههنا فَلَا حق للغرماء إِلَّا فِي البيع، فصح إبقاء حقهم مِنْ غَيْرِ حضرتهم.

= دخول دار الحرب وإنما التجار هم الذين يدخلون ويبلغون الشـرائع إليهم، فلهذا جعلاه من قبيل المعاملات. حاشية أ

(١) فِي ب: الطلاق

(٢) فِي ب

(٣) الإضافة مني.

(٤) فِي ب: شطري الشهادة بِخِلَافِ شروط الحجج الملزمة.

١١٨٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَيْسَ لِأَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ أَنْ يَشْـتَرِيَ لِلوَرَثَةِ إِذَا كَانُوا صِغَاراً إِلَّا الطَعَامَ وَالكِسْـوَةَ، وَلَا يَشْـتَرِي عَبْدَاً لِلخِدْمَةِ إِلَّا بِأَمْرِ الآخَرِ، وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ ﷺ.

وذكر بعد هَذَا انَّهُ لَا يَمْلِك التقاضي والتجارة إِلَّا بأمر الآخر.

والتقاضي هُوَ الاقتضاء فِي اللغة.

وَفِي عرفنا هُوَ عبارةٌ عن المطالبة فيملك ذَلِكَ أحدهما بِالْإِجْمَاعِ.

فأمَّا الاستيفاء فعلى الاختلاف، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: فعل أحدهما كفعلهما وَهُوَ جائزٌ.

وأجمعوا فِي أشـياء أَنَّهُ ينفرد فِيهَا: تجهيز الميت وتكفينه لِأَنَّهُ ضروريٌ لَيْسَ من باب الولاية، وَكَذَلِكَ شـراء مَا لَا بُدَّ مِنْهُ للصغار من الطعام والكسوة، وَكَذَلِكَ قضاء دينٍ عَلَى الميت من جنس الدين لِأَنَّهُ يشـبه رد الغصب، وينفرد برد الغصب وتسـليم الوديعة، [وينفرد بتنفيذ الْوَصِيَّة فِي شَـيْءٍ بِعَيْنِـهِ، وينفرد بالخصومة][1]، وينفرد بجمع الأموال الضائعة المتفرقة.

وجه قولَهُ: أَنَّ تصرف الْوَصِيّ بناءٌ عَلَى الولاية، والولاية لَا تقبل التجزؤ.

وَلَهُما: أَنَّ الْمُوصِي لَمْ يرضَ إِلَّا برأيهما وَلَمْ تثبت الولاية إِلَّا بهذا الشـرط، وَهُوَ شرطٌ يتم بِهِ النظر للموصي فوجبت رعايته.

---

(١) فِي ب

وَقَالَ: فِيمَنْ كاتب أمَّ ولده ثُمَّ مَاتَ السيد أنَّها حرةٌ لوجود الشرط، وبطلت المكاتبة لسلامة الرقبة مِنْ غَيْرِ جهة المكاتبة.

١١٨٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِيمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ، وَأَوْصَى الآخَرُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ، ثُمَّ قَالَ لِآخَر: أَشْرَكْتُكَ فِيمَا أَوْصَيتُ لَهُمَا؛ قَالَ: لَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ لِأَنَّهُ أَضَافَ الشَّرِكَةَ إِليهِمَا، فَأَوْجَبَ أَنْ يُسَاوِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي ذَلِكَ فِي أَنْ يَجِبَ لَهُ ثُلُثَ كُلِّ مِائَةٍ لِيصِيرَ الْمَالُ بِيْنَهُم أَثْلاثاً.

وَقَالَ يعقوب ومحمَّد رحمهما الله: لو أَوْصَى لِرَجُلٍ بمائتين ولآخر بأربع مائة ثُمَّ أشرك آخر معهما فَلَهُ نصف كل مالٍ بِخِلَافِ المسألة الأُولَى، وَهَذَا قولَهُم غير أنَّهما لَمْ يحفظا نصاً عن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَهَذَا لِأَنَّ العمل بالقياس غير ممكنٍ هنا، لِأَنَّهُ لَا يتحقق الاستواء ههنا بينهم فِي اعتبار الجملة بحالٍ، فوَجَبَ اعتبار الاستواء عَلَى طريق الانفراد، وَكَذَلِكَ لو أَوْصَى لِرَجُلٍ بجاريةٍ [ولآخر بجاريةٍ][1] ثُمَّ أشرك فيهما ثالثاً كَانَ لَهُ نصف كل وَاحِدَة مِنْهُمَا لما قلنا إنَّ القول بالاستواء عَلَى الاجتماع غير ممكنٍ.

وهذه المسائل من الخواص.

١١٨٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَنْ

(١) فِي ب

يُبَـاعَ عَبْدُهُ هَذَا وَيُتصَدَّقَ بِثَمَنِهِ عَلَى المَسَـاكِينِ، فَبَاعَهُ الْوَصِيُّ وَقَبَضَ الثَّمَنَ فَهَلَكَ فِي يَدِهِ ثُمَّ اسْـتُحِقَ الغَلَامَ؛ قَالَ: يَضْمَنُ الْوَصِيُّ الثَّمَنَ لِلْمُشْتَرِي وَيَرجِعُ فِي جَمِيعِ مَا تَرَكَ الميِّتُ، وَلَا يَرْجِع عَلَى أَحَدٍ.

أَمَّـا ضمان الْوَصِيّ فلأنَّه عاقدٌ ملتزمٌ للعهدة، وَأَمَّا الرجوع فِي التركة فَقَدْ قيد بالجمع ههنا.

وعـن محمَّد رحمه الله أَنَّهُ قيـده بِالثُّلُثِ لِأَنَّهُ من باب الْوَصِيَّة وتبـعٌ لَهَا فأُلحق بِهَا وتقيد بمحلها.

ووجه ظاهر الجواب: أَنَّ الْوَصِيّ إِنَّمَا اسـتحق الرجوع لِأَنَّهُ عمل لِلْمَيِّتِ فِي تنفيذ وصيته فاسـتوَجَبَ مـا غرمه ديناً عَلَى الميت، ومحل الديـن كل الْمَال، وَلَا يَرْجِع عَلَى أحدٍ بِشَـيْءٍ لِلْمَيِّتِ إِلَّا إن هلكت التركة أَوْ لَمْ يقع بِهَا الوفاء، لِأَنَّ البيع لَمْ يقع إِلَّا لِلْمَيِّتِ، وَلَمْ يقع للمساكين وَلَا للورثة.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ أَيْضاً.

قَالَ: وَلَوْ قسم الوصيُّ التركة فأَصَابَ صغيرٌ من الْوَرَثَة عَبْدَاً، فَبَاعَهُ الْوَصِيّ لَهُ وقبض الثَّمَن، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ ثُمَّ استحق العَبْد، رَجَعَ الْمُشْتَرِي بالثمن عَلَى الْوَصِيّ، ورجع الوصيُّ بِهِ عَلَى الصَّغِير لِأَنَّهُ بَاعَهُ لَهُ، ورجع بحصة الصَّغِير فِي التركة لبطلان الْقِسْمَة.

١١٨٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي المَفْلُـوجِ وَالمُقْعَدِ وَالمَشْلُولِ إِذَا تَطَاوَلَ ذَلِكَ بِهِ فَصَارَ بِحَالٍ لَا يَخَافُ مِنْهُ المَوتَ، أَنَّ هِبَةَ صَاحِبِهِ

جَائِـزَة مِنْ رَأْسِ الْمَـالِ؛ وَإِنَ فَعَلَ ذَلِكَ أَوَّلَ مَا أَصَابَهُ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَهُوَ مِنْ الثُلُثِ.

أَمَّا إِذَا تقادم فَقَدْ صَارَ بِمَنْزِلَةِ طبعٍ من طباعه وخَرَجَ عن أحكام المرض.

فَإِذَا صَارَ صاحب فراش صَارَ بِمَنْزِلَةِ حدوث المرض، وَأَمَّا فِي أول ما أصابه إِذَا مَاتَ من ذَلِكَ وَقَدْ صَارَ بِهِ صاحب فراشٍ فَهُوَ مرضٌ يُخاف مِنْهُ الهلاك.

ومسألة المشلول من الخواص.

١١٨٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: سُـدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ وَصِيَّةٌ، ثُمَّ قَالَ فِي مَجْلِسِهِ أَوْ غَيرِ مَجْلِسهِ: سُدُسُ مَالِي لِفُلَانٍ؛ فإِنَّما هُوَ سُدُسٌ وَاحِدٌ.

لِأَنَّ المعرفة إِذَا أعيدت أَوْ أعيدت النكرة عَلَى سبيل التعريف كَانَ الثَّانِي عين الْأَوَّل، تقول: جاءني زيدٌ ثُمَّ تقول: أكرمت زيداً أي ذَلِكَ بِعَيْنِهِ.

وَقَالَ الله تَعَالَى: ﴿فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٦]، أي الْأَوَّل بِعَيْنِهِ.

وهنا عرَّف السـدس بالإضافة، ثُمَّ أعاده فَكَانَ هُوَ الْأَوَّل، وَهُوَ المتعارف فِي هَذَا فِي موضع الإشهاد.

قَالَ: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: سدس مالي لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ: ثلث مالي وأجازت الْوَرَثَة فَلَـهُ الثلث لَا غير، لِأَنَّ الثلث متضمنٌ السـدس، وَهَـذَا المتضمن ثابتٌ بالْمُوصِي وحده، فيثبت مضمونه فَصَارَ إعادةً لِلْأَوَّلِ بزيادة، وَهَذِهِ مِنْ الخَواصِّ.

١١٨٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَالِ الْيَتِيمِ الصَّغِيرِ عَلَى رَجُلٍ؛ قَالَ: إِنْ كَانَ ذَلِكَ خَيْرَاً لَهُ جَازَ.

لِأَنَّ الحوالة شُرعت وثيقةً، وَإِنَّمَا تتحقق الوثيقة إِذَا كَانَ الثَّانِي أملى من الْأَوَّل، وفيه تحقيق النظر، فَلِذَلِكَ قيدها بهذا الشرط، والحوالة تبرعٌ بهذا الشرط الزائد ألحق بالمعاوضة.

وَقَالَ فِي بيع الْوَصِيّ العَبْد للغرماء بأمر القَاضِي أَوْ بأمر الغرماء: إِذَا هَلَكَ الثَّمَن عنده ثُمَّ استُحق العَبْد فغرم الْوَصِيّ لِلْمُشْتَرِي أَنَّهُ يَرْجِع بِهِ عَلَى الغرماء لما قلنا.

وَإِنَ أمره أَنْ يَبِيعَهُ للورثة رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِم إِذَا كانوا صغاراً، وَلَمْ يذكره فِي الْكِتَاب.

١١٨٩- وَقَالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: لَا تكتب إِذَا أُكتبت سراً فلانٌ وصي فلانٍ، ولكن اكتب شهادة الْوَصِيَّة عَلَى حدةٍ.

وَهَذِهِ مِنْ الخَواصّ.

وَذَلِكَ فِي بيع الْوَصِيّ وشراء الْوَصِيّ وَمَا أشبه ذَلِكَ، لِأَنَّ الجمع بينهما يوَجِبَ حملًا عَلَى الكذب، لِأَنَّ الشهود يتحملون الشهادة عَلَى الشراء وَعَلَى حملة الصك ثُمَّ يشهدون بحملته.

وَإِنَّمَا شهادتهم عَلَى الشراء خاصةً ويتعذر التميز فِي صك وَاحِدٍ، وقلما يتفق أَنْ يَكُونَ الشهود عَلَى الأمرين [جَمِيْعَاً](1) فريقاً واحداً.

---

(١) فِي ب

١١٩٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَـالَى، قَالَ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَصِيِّ وَشِرَاؤُهُ إِلَّا فِيمَـا يَتَغَابَـنُ النَّاسُ فِيهِ؛ وَأَمَّـا الْمُكَاتَبُ وَالعَبْـدُ فَيَجُوزُ بيعِهُمَا وَشِرَاؤُهُمَـا فِيمَا لَا يَتَغَابَـنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُـفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَجُوزُ إِلَّا فِيمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ.

أَمَّا الْوَصِيّ فإِنَّ تصرفه مقيـدٌ بالنظر وَلَيْسَ التفويض إِلَيْهِ بمطلق، وَإِنَّمَا عُفي اليسير فِي عقوده للعجز عن الاحتراز عَنْهُ.

وَأَمَّا الْمُكَاتَب والعبد فإِنَّهما بِمَنْزِلَةِ الحر فِي تصرفهما.

ووجه قولَهُما: أنَّ العقد الَّذِي فِيهِ غبنٌ فاحشٌ بِمَنْزِلَةِ الهبة مِنْ وَجْهٍ فَلَا يَمْلِك ذَلِكَ من لَا يَمْلِك الهبة.

وفصل الْمُكَاتَب من الخواص.

[بَابُ وَصِيَّةِ الذِّمِّيِّ بِبَيْعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ]

١١٩١- **وَقَالَ: فِي النَّصْرَانِيِّ أَوْ اليَهُودِيِّ يَصْنَعُ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَةً فِي صِحَتِهِ ثُمَّ يَمُوتَ، قَالَ: هُوَ مِيرَاثٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.**

لِأَنَّ حكمه حكمُ الوقف، لِأَنَّهُ لَمْ يصر مصَلَّى لله ﷻ، ووقف الْمُسْلِمِينَ عنده يورث فهذا أولى.

وعندهما أَيْضَاً يورث، لِأَنَّ عندهما لَا يَجُوزُ من أَهْل الذِّمَّة ما يَرْجِع إِلَى القُربة [عندهم دوننا][1] وإِنْ كَانَ وصيةً فهذا أولى.

١١٩٢- **وَقَالَ فِي الذِّمِّيِّ إِذَا أَوْصَى بِبِيعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ لِقَومٍ مُسمَّين فَهُوَ جَائِزٌ مِنْ الثُلُثِ.**

والجملة أَنَّ وصايا أَهْل الذِّمَّة عَلَى أربعةِ أوجهٍ:

[الوجه الْأَوَّل][2] إن أَوْصَى بِمَا هُوَ قربةٌ عندنا وعندهم، مثل الصدقات وعتق الرقاب وَأَنْ يُسرج فِي بيت المقدس وَأَنْ يغزى الترك فَهُوَ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ عيَّن قوماً أَوْ لَمْ يعيّن، لِأَنَّ الديانة متفقةٌ من الكل عَلَى ذَلِكَ.

الوجه الثَّانِي: أن يُوصِي بِمَا لَيْسَ بقربةٍ عندنا وعندهم، وَذَلِكَ باطلٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لقوم بأعيانهم فيصح من الثلث.

---

(١) فِي ب

(٢) الإضافة مني

والثالث: أن يُوصِي بِمَا هُوَ قربةٌ عندنا مثل الحَجِّ إِلَى بيت الله تَعَالَى وَأَنْ يسرج فِي مساجد الْمُسْلِمِينَ، وَذَلِكَ باطلٌ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُعامل بديانة نفسه، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لقوم بأعيانهم فيصح من الثلث.

والرابع: أن يُوصِي بِمَا هُوَ قربةٌ عندهم معصيةٌ عندنا، مثل أن يبني بَيعة أَوْ يُسرج فِي بيعةٍ وَمَا أشبه ذَلِكَ، وَذَلِكَ جائزٌ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، سمَّى قوماً أَوْ لَمْ يسم.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: هُوَ باطلٌ إِلَّا أن يُوصِي بقومٍ بأعيانهم احتجاجاً بِأَنَّهُ وصيةٌ بالمعصية فبطلت.

ولأَبِي حَنِيفَةَ ﵀ أنَّ المعتبر ديانتهم فِي حقهم.

وَقَدْ وضع المسألة فِي الْكِتَاب فِي تعيين الْمُوصَى لَهُم فصحت بِالْإِجْمَاعِ، وَإِذا صحت دَفَعَ الْمَال إليهم فيصنعون ما شاؤوا، وَإِنَّمَا تصح الوصايا من الثلث.

١١٩٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ ثُمَّ يَمُوتُ؛ قَالَ: يُعْطِيهِ الْوَرَثَة مَا شَاؤوا، لِأَنَّ الجُزْءَ اسمٌ عَامٌّ مُطْلَقٌ. قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الْوَرَثَة إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَر مِنْ السُدُسِ فَيَكُونُ لَهُ السُدُس. وَإِنَ كَانُوا سِتَةً وَأَنْصِبائِهِم[1] مُخْتَلِفَةٌ فَلَهُ مِثْلُ نَصِيب الأَقَلِّ مِنْهُم. وَقَالَ يعقوب ومحمَّد ﵄: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِهِم.

إِلَّا أن يزيد عَلَى الثلث فيعطى الْمُوصَى لَهُ الثلث.

---

(١) فِي ب: وَلَهُم أنصباء مختلفة

وحاصله: أَنَّ السهم اسمٌ للسدس عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، وعندهما اسمٌ لجزءٍ من حصة الْوَرَثَة مِنْ غَيْرِ تقدير بالسدس.

فَقَدْ أجمعوا أَنَّ ذَلِكَ من جملة ما يجب للورثة لِأَنَّ السهم اسمٌ لما يجب للورثة بِالْإِجْمَاعِ، ثُمَّ اختلفوا بعد ذَلِكَ فِي التقدير، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﵀: هُوَ مقدرٌ بالسدس.

وقالا: لَيسَ بمقدرٍ بِهِ.

فَلَمَّا كَانَ مقدراً بِهِ عند أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تناولت الْوَصِيَّة مثل حق أحدهم، لَكِنَّهُ لَا يزاد عَلَى السدس، لأَنَّا قَدْ علمنا أَنَّهُ لَا يتناول الزيادة، وَقَدْ يتناول الأقل.

واحتجا بأَنَّ السهم اسمٌ لما يستحقه الْوَرَثَة، فأَمَّا الاختصاص بالسدس فغير ثابتٍ فِي العادة، والعبرة للاستعمال والعادة فِي الباب، إِلَّا أن يزيد أقلُ الأنصباء عَلَى الثلث.

مثل رجلٍ هَلَكَ وترك أختاً وعماً، أَوْ امرأةٌ هلكت وتركت زوجاً وأختاً، وأوصى أحدهما لِرَجُلٍ بسهمٍ فيكون موصياً بِالنِّصْفِ، فَلَا يُسلَّم الفضل عَلَى الثلث إِلَّا بالإجازة.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ﵀ بِمَا رُوي عن ابن مسعود ﵁ أَنَّهُ أفتى فِي الْوَصِيَّة بالسهم من الْمَال أَنَّهُ يتناول السدس، وقولَهُ متبعٌ.

وَقَدْ ذكر القُدوري ﵀ عَنْهُ أَنَّهُ رفع الحديث وأسنده إِلَى رسول الله ﷺ أَنَّ رَجُلاً أَوْصَى بسهمٍ مِنْ مَالِهِ فقضى النَّبي ﷺ فِي ذَلِكَ بالسدس(١).

---

(١) رواه البزار فِي المسند برقم/ ٢٠٤٧.

ويروي ذَلِكَ عن إياس بن معاوية.

ولأنَّ السهم لما رَجَعَ إِلَى ما يستحقه أصحاب الفرائض وَجَبَ صرفه إِلَى أعدلها مخرجاً وَهُوَ الستة.

أَلَا تَرَى أَنَّك إِذَا جمعت تفصيل الأربعة والعِشْرِينَ خالف أصله، وَذَلِكَ واضحٌ، وَإِذَا اجتمعت تفاصيل الاثني عشرَ خالف أصله أَيْضَاً، لِأَنَّ نصفه وربعه وسدسه ينقص عن أصله، ونصفه وربعه وسدسه وثلثه يزيد عَلَيْهِ وَقَدْ لَا يستوي، وَكَذَلِكَ ما يخَرَجَ من[1] الثمانية وَهُوَ النصف والثمن.

وَأَمَّا الستة فإِنَّما يخَرَجَ مِنْهَا النصف والثلث والسدس، وجملته مثل أصله لَا يزيد وَلَا ينقص، فَلِذَلِكَ صَارَ أعدل ما يُصرف إِلَيْهِ، ووَجَبَ أقله وَهُوَ سدسه.

وذكر فِي هَذَا الْكِتَاب عَلَى قولَهُ: (ينقص عن السدس) و(لَا يزاد) لِأَنَّ الاسم وقع بإطلاقه عَلَى السدس، لَكِنَّهُ احتمل الزيادة والنقصان بالعادة، فأخذنا بالأقل المتيقن.

وَقَالَ فِي الأصل: يزاد عَلَيْهِ وَلَا ينقص عَنْهُ، لِأَنَّ العمل بإطلاق الاسم[2] يمنع [عن][3] النقصان، والمنع من النقصان مع جواز الزيادة بالعادة أخصُّ بهذا الإطلاق وألزم.

١١٩٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ تَحْضُرُهُ الوَفَاةُ

---

(١) فِي ب: ما زَادَ عن

(٢) فِي ب: النص

(٣) فِي ب

فَيَقُــولُ لِوَرَثَتِهِ: إنَّ لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَيْنَــاً فَصَدَّقُوْهُ فِيمَا قَالَ ثُمَّ يَمُوتُ؛ يُصَدَّقُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَينَ الثُلُثِ.

لِأَنَّ قولَهُ: لِفُلَانٍ عليّ دينٌ أمرٌ مجهولٌ لَا يصح الحكم بِهِ، وقولَهُ: (فصدِّقوه) أمرٌ مخالفٌ لحكم الشرع، لِأَنَّ المدعي لَا يُصدَّق بِغَيْرِ حجةٍ فبطل ذَلِكَ أَيْضَاً.

لكــن قولَهُ: (فصدِّقــوه) يوَجَبَ تقديمه عَلَــى الْوَرَثَة، وَهُــوَ مالكٌ لذلك فِي الثلث بطريق الْوَصِيَّة، فنفذ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى هَذَا التقدير أَيْضَاً.

قَالَ: وإِنْ كَانَ أَوْصَى مع ذَلِكَ بوصايا عُزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة، وقيل لأصحاب الثلث: (أقروا لَهُ بِمَا شئتم من الثلث) وقيل للورثة: (أقروا لَــهُ من الثلثين بِمَا شــئتم) وَمَا بقي من الثلث فَهُوَ لأصحاب الوصايا لَا يشــاركهم صاحب الدين، وَإِنَّمَا أفــرز الثلث والثلثان لأنَّ الوصايا حقوقٌ معلومةٌ فِي الثلث، والْمِيرَاث معلومٌ فِي الثلثين.

فأمَّا هَذَا فَلَيْسَ بدينٍ معلومٍ وَلَا بِوَصِيَّةٍ معلومةٍ، لَكِنَّهُ دينٌ فِي حق المســتحق وصيةٌ فِي حق التنفيذ.

فَإِذَا أقررنا قلنا قَدْ علمنا أنَّ فِي التركة ديناً، وَذَلِكَ شــائعٌ فِي كل التركة، فأُمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه، فَإِذَا بينوا شَيْئاً أَخَذَ أصحاب الثلث بِثُلُثِ ما أقروا، والورثة بثلثي ما أقروا.

وَفِــي الإقرار فائدةٌ أُخْــرَى، وَهِيَ أنَّ أحد الخصمين قَــدْ يكون أعرف للحق وأبصــر بِــهِ، والآخر ألدُّ وألحُّ، فإن أقروا بِشَــيْءٍ يجوز أن يُحلَّفــوا[1] عَلَى الفضل

---

(١) فِي ب: اختلفوا

إن ادَّعَى الخصم، وَمَا فضل فَهُوَ لأصحاب الوصايا لِأَنَّ حق الدين المقرِّ بِهِ صَارَ مقضياً، فَلَا يبقى لَهُ حق فِي معدن الوصايا وَلَا فِي معدن الْمِيرَاث.

١١٩٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ؛ جَازَتْ وَصِيَّةُ الأَجْنَبِيِّ، وَبَطَلَتَ لِلوَارِثِ.

لِأَنَّ الإيصاء ابتداءُ إيجابٍ، وَقَدْ أضيف إِلَى ما يملكه وإلى مَا لَا يملكه فصح بملكه وبطل فِيمَا لَا يملكه، وَلَمْ يبطل هَذَا ببطلان الآخر لِأَنَّ الشَّرِكَة بينهما من حكم الإيجاب، وَقَدْ تعذر إيجابه، وببطلان بعض الحكم لَا يبطل الإيجاب، هَذَا بِخِلَافِ ما [إِذَا][1] أَقَرَّ المريض لوارثه ولأجنبي أَنَّهُ باطلٌ كله عند أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ ﷺ بِكُلِّ حَالٍ، لِأَنَّ الاشتراك هناك مخبَرٌ عَنْهُ والخبر حكمه، فَإِذَا لَمْ يثبت المخبَرُ عَنْهُ لَمْ يثبت حكمه [وَهُوَ الخبر][2].

١١٩٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ قَالَ: أَوْصَيتُ لِفُلَانٍ بِهَذَا الثَّوبِ الجَيِّدِ، ولِفُلَانٍ بِهَذَا الثَّوبِ الوَسَطِ، [وَلِفُلَانٍ][3] بِهَذَا الثَّوبِ الرَّدِيءِ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي ثُمَّ هَلَكَ أَحَدُ الأَثْوابِ وَلَا يُدْرَى أَيُّهَا هَلَكَ، وَالوَرَثَةُ تَجْحُدُ؛ فَالْوَصِيَّة بَاطِلَةٌ.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

(٣) فِي ب

لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ صَارَ مجهولًا لَا يُدرى من هُوَ، وجهالة الْمُوصَى لَهُ تمنع [صحة][(1)] الْوَصِيَّة، كما لو أَوْصَى لأحد هذين الرَّجُلَينِ بكذا، فَإِنْ قَالَ الْوَرَثَة: سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموهما بينكم صحَّ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْوَصِيَّة كَانَتْ صحيحةً إِلَّا أنَّها بطلت لجهالةٍ طارئةٍ توجَبَ منازعةً، وَهِيَ تحتمل الزوال بالتسليم من الْوَرَثَة، فَإِذَا سلموا صحت الْوَصِيَّة وعادت إِلَى الصحة، فَكَانَ لصاحب الجيد ثلثا الجيد، ولصاحب الرديء ثلثا الرديء، ولصاحب الوسط ثلث كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَهَذَا لِأَنَّ صاحب الرديء لَا حق لَهُ فِي الجيد بيقين، وصاحب الجيد لَا حق لَهُ فِي الرديء بيقين، وَإِنَّمَا المشكل حق صاحب الوسط، لِأَنَّ الهالك إِنْ كَانَ أرفع من الباقيين كَانَ حقه فِي الجيد، وإِنْ كَانَ الهالك أدنى من الباقيين كَانَ حقه فِي الرديء، فَلَمَّا تردد حقه بتعلقٍ بهذا مرةً وبهذا مرةً وَهُوَ فِي احتمال البطلان وحق الآخرين فِي حق احتمال البقاء لَا يتردد فَلِذَلِكَ جَعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حقٌّ متعينٌ، وَلَهُذا ثلث كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أَوْ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي حال بقاء حقه يحتمل أَنْ يَكُونَ وسطاً فلهذا تفرق حقه.

١١٩٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ فَيُوصِي إِلَى رَجُلٍ وَيَتْرِكُ ابْنَاً كَبِيراً غَائِبَاً؛ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ الْوَصِيُّ فَهُوَ جَائِزٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَبِيعُ العَقَارَ وَلَا يتَّجِرُ فِي الْمَالِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوصِي، وَلَا ولَايَةَ لِلأَبِ عَلَى ابْنِهِ الكَبِيرِ، فَكَذَلِكَ وَصِيتُهُ بِمَنْزِلَتِهِ، إِلَّا أَنَّ لِلوَصِيِّ أَنْ يَحْفَظَ الْمَالَ لِلْمَيِّتِ، وَيَبِيعُ المَنْقُولَ مِنْ بَابِ الحِفْظِ، وَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ

(1) فِي ب

وَالإِجَارَةُ لِلنَّفَقَةِ. فَأَمَّا بَيْعُ العَقَارِ وَالتِّجَارَةُ فِي الْمَالِ فَمِنَ بَابِ الوَلَايَةِ دُونَ الحِفْظِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ. قَالَ وَقَالَ يَعَقُوبُ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: وَكَذَلِكَ وَصِيُّ الأَخِ عَلَى [الأَخِ][1] الصَّغِيرِ.

يريد بِهِ إِذَا هَلَكَ رجلٌ وأوصى إِلَى رَجُلٍ وترك أخاً لَهُ صغيراً هُوَ وارثه، فإِنَّ وصي الأخِ يتصرف فِي الْمَال بطريق الحفظ حَتَّى أَنَّهُ يبيع المنقول دون العقار ولما بينا أنَّ الْمُوصِي لَا يتصرف عَلَى الأخ الصَّغِير فِي مَالِهِ، فَكَذَلِكَ وصيته، لَكِنَّهُ يحفظ عَلَى الميت وَعَلَى الصَّغِير.

وثمـرة هَذَا أَيْضاً أَنَّهُ لو كَانَ للكبير الغائب مالٌ مِنْ غَيْرِ ميراث الأب لَمْ يَكُنْ للوصـي فِيـهِ حق البيـع، وإِنْ كَانَ عُرُوضاً، وَكَذَلِـكَ وصي الأخ لِأَنَّـهُ إِنَّمَا يَمْلِك الحفظ لِلْمَيِّتِ فيختص بتركته، ووصي الأمِّ والعم مثل هَذَا أَيْضاً.

١١٩٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُـوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي دَارٍ بين رَجُلَيْنِ أَوْصَى أحدهمـا لِرَجُلٍ ببيت بِعَيْنِهِ ثُمَّ مَاتَ الْمُوصِي؛ قَالَ: تُقْسَـمُ الدَّارُ. فإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الآخَرِ كَانَ لِصَاحِـبِ الْوَصِيَّة مِثْلِ ذَرعِ البَيْتِ فِيمَا أَصَابَ الْمُوصِي فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: إِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ فلِصَاحِبِ الْوَصِيَّة نصفه، وَإِنَ لَمْ يقع فَلَهُ مثل نِصْفُ ذَرعِهِ.

احتـج محمَّد رحمه الله: بأنَّ الْوَصِيَّـة وَقعَتْ عَلَى ملك الْمُوصِي وَعَلَى غير ملكه، فصحت فِيمَا يملكه وبطلت فِيمَا لَا يملكه.

---

(١) فِي ب

وَلَـمْ يصح بحـدوث ملكه فِيهِ، كمـن أَوْصَى بدار غيره ثُـمَّ ملكها بوجهٍ من الوجوه ثُمَّ مَاتَ أَنَّ الْوَصِيَّة باطلة لما قلنا.

بيانـه: أَنَّهُ حين أَوْصَى بالبيت لَـمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا نصفه، فأمَّا النصف الآخر فإنَّما يملكه بالْقِسْمَة عوضاً عما تركه عَلَى شريكه، هَذَا إِنْ وَقَعَ البيت فِي نَصِيبِهِ، فإن لَمْ يقع فِي نَصِيبِهِ فالإيجاب فِي ذَلِكَ النصف الَّذِي لَمْ يَكُنْ مِلكاً لَهُ إِذَا لَمْ ينفذ بملكه فلأن لَا ينفذ إِذَا لَمْ يملكه أولى.

ووَجَـبَ الضرب بذرعـان نصف البيت لِأَنَّ مِلكَ نصف البيت يصلح سـبباً لملك مثله، وَلَيْسَ أحد الْوَجْهَيْنِ فِي الاحتمال بحكم الشرع أحق من الآخر، فَلَمَّا اعتدلا صحَّ الإيجاب بكل وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وأَبُو يُوسُـفَ ﷺ: أَنَّ الإيجـاب يتناول ملكه عَلَى الاحتمال فصح كما فِي مثل ذرعان نصف البيت بِالْإِجْمَاعِ.

بيانـه: أَنَّ ملك الْمُوصِي عَلَى اعتبار الْقِسْـمَة هُوَ الملك التام الكامل المنتفع بِهِ، وَذَلِكَ مرادٌ بالْوَصِيَّة بِالْإِجْمَاعِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يبطل إِذَا لَمْ يقع البيت فِي نَصِيبِهِ؟

ولما كَانَ كَذَلِكَ قلنا: إِنَّ البيت كله باعتبار الْقِسْمَة يحتمل أَنْ يَكُونَ ملكاً لَهُ، لِأَنَّ الْقِسْـمَة إفرازٌ وتعيينٌ للملك أينما وجدت، هَذَا أصلها إِلَّا أَنَّ الأجزاء متفاوتةٌ هنا فاحتيج إِلَى القضاء أَوْ الرضا ليُلحق بِمَا لَا يتفاوت أجزاؤه.

ولما أُلحق ذَلِكَ بالتراضي أَوْ القضاء الَّذِي هُوَ واجب لضرورة تكميل المنفعة أَيْضاً بقي فِي ذَلِكَ شبهةٌ[1] فوَجَبَ العمل بِهَا فِيمَا يختص بِهَا، وَهُوَ بيع المرابحة.

---

(١) أي فِي شبهة المعاوضة. حاشية أ

ولما كَانَ [كَذَلِكَ][1] لإكمال المنفعة أَخَذَ حكم البيع فِي حق غيرهما، ولما كَانَ أصل الْقِسْمَة إفرازاً صَارَ البيت إِذَا وقع فِي سهمه عينَ حقه فنفذ فِي ذَلِكَ إيجابه، ولما صَارَ البيت إِذَا وقع فِي قسمه عينَ حقه صَارَ مثل ذرعانه حقاً لَهُ إِذَا لَمْ يقع فِي قسمة نصيبه.

ولما كَانَ كَذَلِكَ وَجَبَ الضرب بِهِ، وللورثة أن يضربوا بنصف ما وراء البيت من الدار.

وتفسيره: أن تكون الدار مائة ذراع، والبيت مِنْهَا عشرة والْمُوصَى لَهُ يضرب بالعشرة، والورثة بخمسة وأربعين فيجعل كل خمسةٍ سهماً فيصير أحد عشر سهماً، للموصى لَهُ سهمان، وللورثة تسعة أَسْهُمٍ.

وعند محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ يجعل عشرة أَسْهُمٍ، للموصى لَهُ سهم، وللورثة تسعة أَسْهُمٍ.

ووضع المسألة فِي كِتَاب الإقرار فِي الإقرار ببيتٍ بِعَيْنِهِ، وأجاب مثل قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ مِنْ غَيْرِ خلافٍ، وَهُوَ الأصح.

لِأَنَّ من أَقَرَّ بِمَا لَا يَمْلِك ثُمَّ ملكه صحَّ بِخِلَافِ الْوَصِيَّة.

١١٩٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ يحضره الموت فيُوصِي إِلَى رَجُلٍ فيقبل الْوَصِيَّة فِي حَيَاةِ الْمُوصِي فَيَقُولُ الْوَصِيّ: لَا أَقْبَلُ الْوَصِيَّة؛ قَالَ: تَلْزَمُهُ الْوَصِيَّة، لِأَنَّهُ لِمَا قَبْلِهَا فَقَدْ وَجَبَ حق الْمُوصِي لِأَنَّهُ اعْتَمَدَهُ فَلَمْ يُوصِي إِلَى غَيْرِهِ، فَلَوْ جوَّزنا رده لَصَارَ الْمَيِّتُ مَغْرُوراً، وَذَلِكَ بَاطِلٌ.

(١) فِي ب

أَلَا تَرَى أَنَّ الوكيل إِذَا أَخرَجَ نفسه من الْوَكَالَة لَمْ يَصِحَّ إِلَّا بعلم الموكل دفعاً للغرور، فههنا لأن يجب نفي الغرور عن الميت وَهُوَ أحق فالنظر أولى.

١٢٠٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِأَلْفِ دِرْهَم مِنْ مَالِ رَجُلٍ ثُمَّ يموت فَأَجَازَ الرَّجُلُ الْوَصِيَّة بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي؛ قَالَ: إِنْ دَفَعَهُ فَهُوَ جَائِزٌ، وَإِنَ مَنعَ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ.

لِأَنَّ العقد الموقوف إِذَا لحقته الإجازة صَارَ مضافاً إِلَى المخبر، وصار العاقد وكيلًا لَهُ، فَإِذَا أضيف إِلَيْهِ صَارَ ذَلِكَ هبةً مِنْهُ، ومتى وهب شَيْئاً فإن شاء سلمه وَإِنْ شَاءَ منعه.

١٢٠١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْصَى فَقَالَ: أعتقوا عني بِهَذِهِ المائة دِرْهَم عَبْدَاً، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَم؛ قَالَ: لَا يُعتقُ بِشَيْءٍ. وَقَالَ يعقوب ومحمَّد رحمهما الله: يعتق بِمَا بقي. وَإِنَ أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ بِهَذِهِ المائة دِرْهَم فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَم حَجَّ بِمَا بقي مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنَ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا شيءٌ حَجَّ بِهَا، فَإِنْ فَضَلَ شَيءٌ رُدَّ عَلَى الْوَرَثَة.

احتجا فِي المسألة [الْأُولَى][1] بأَنَّ صاحب الحق فِي العتق باقٍ لَمْ يتبدل، فوَجَبَ التنفيذ كما فِي الحَجِّ، وكما لو أَوْصَى بِهَا لِرَجُلٍ فَهَلَكَ مِنْهَا شيءٌ وَجَبَ تسليم ما بقي إِلَيْهِ، فَكَذَلِكَ ههنا.

---

(١) فِي ب

وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لِأَنَّ العتق حق الله عندهما بِكُلِّ حَالٍ عَلَى ما ذكرنا فِي مسـألة الشـهادة عَلَى العتق أنَّها تصح بِغَيْرِ دعوى عندهما فِـي العَبْد كما تصح فِي الأمة، فَلَمْ يعتبر العَبْد موصَىً لَهُ بَلْ اعتبر صاحب الشرع موصىً لَهُ.

وأَبُو حَنِيفَةَ ﷺ احتج بأنَّ الْوَصِيَّة إِذَا وجبت لمستحق لَمْ يَصِحَّ تنفيذها لغيره، وههنا أَوْصَى بالعتق لعبدٍ يشـترى بِمِائَةِ دِرْهَمٍ فَلَمْ يصح تنفيذها لعبدٍ يُشـترى بِمَا دون المائة، لِأَنَّ هَذَا غير الْأَوَّل.

وأصـل هَـذَا: أنَّ العتق عنده حق المملوك فَلِذَلِكَ لَمْ تقبل الشـهادة عَلَى عتق العَبْد مِنْ غَيْرِ دعوى بِخِلَافِ الحَجِّ، لِأَنَّ المستحق للحَجِّ لَمْ يتبدل فَلَمْ تبطل الْوَصِيَّة.

وَهَذَا فرعٌ لمسألة العتق الَّتِي قَدْ ذكرنا، فإن لَمْ يهلك مِنْهَا شيءٌ حَجَّ بِهَا، فإن بقي شيءٌ ردّ عَلَى الْوَرَثَة، لِأَنَّ التركة حق الْوَرَثَة إِلَّا ما اشتغل بحق الْوَصِيَّة.

فَإِذَا فضل شـيءٌ ردّ عَلَى الْوَرَثَة، إِلَّا أَنْ يَكُـونَ الْمُوصِي جَعَلَ الفضل للذي يحَجّ عَنْهُ فيكون لَهُ.

١٢٠٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي إِلَى رَجُلٍ فَيَقُولُ فِي وَجْهِهِ: لَا أَقْبَلُ، وَرَدَّهُ، أَيَكُونُ رَدُّهُ رَدّاً؟ قَالَ: نَعَمْ.

لِأَنَّ تصرف الْمُوصِي غير لازمٍ عَلَى غيره بِغَيْرِ ولايته لَهُ عَلَيْهِ.

وَإِنَّمَا يبطل رده بعد القبول وبعد الموت نفياً للغرور، وَلَا غرور فِي مسألتنا.

فإِنْ كَانَ لَمْ يقبل فِي الابتداء فَلَا يُشكل، وإِنْ كَانَ قبله ثُمَّ ردّ فِي وَجْهِهِ فَكَذَلِكَ لما قلنا أَنَّهُ لَا غرور فِيهِ.

١٢٠٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يموت ويترك ألفين ويترك وارثين، فيأخذ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفاً، فَغَابَ أحدهما فَأَقَرَّ الحاضر لِرَجُلٍ أنَّ الميت أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ. قَالَ: يَأْخُذُ المقَرُّ لَهُ ثُلُثَ مَا فِي يَدِهِ، لِأَنَّ المقرَّ إِنَّمَا أَقَرَّ لَهُ بِحَقٍ شَائِعٍ فِي الْمَال كله، فَلَمْ يعترف لَهُ إِلَّا بِثُلُثِ ما فِي يَدِهِ فَلَا يلزمه أكثرُ من ذَلِكَ، وَهَذَا بِخِلَافِ ما لو أَقَرَّ لَهُ بدينٍ فَإِنَّهُ يُقْضَى كله مِنْ نَصِيبِهِ، لِأَنَّ الدين لَيْسَ بجزءٍ شائعٍ بَلْ هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاث.

أَلَا تَرَى أَنَّ نصيب الغائب يُجعل كالهالك، وَلَوْ كَانَ هالكاً كَانَ حق الْمُوصَى لَهُ فِي الثلث الباقي وحق الغريم فِي كله؟ فَكَذَلِكَ فِي مسألتنا.

وكان القياس فِي مسألة الْوَصِيَّة أَنْ يَأْخُذَ المقَر لَهُ نصف ما فِي يَدِ المقَر، لِأَنَّهُ يقول لَهُ: إِنَّك أقررت أنَّ حقي وحقك عَلَى السواء فيجب أَنْ يَكُونَ لِي نصف ما فِي يدك، ولكنَّه استحسن فَقَالَ: يأخذ ثلث ما فِي يَدِهِ، لأنَّا لو قلنا بِالنِّصْفِ ازداد حقه عَلَى الثلث، لِأَنَّهُ إِذَا ظفر بصاحبه فاعترف بحقه أَخَذَ مِنْهُ نصف ما فِي يَدِهِ، ولما قلنا أنَّ ما فِي يَدِ الآخر جَعَلَ كَانَ لَمْ يَكُنْ، وكأنَّ لَا ميراث إِلَّا فِي يَدِ هَذَا.

١٢٠٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِثُلُثِ مَالِهِ وَهُوَ معروفٌ ثُمَّ يموت، وَهُوَ يدع عَبْداً وَمَالاً، ويدع وَارِثاً؛ فَيَقُولُ الوارث: أَعتقَ الميتُ هَذَا العَبْد فِي مَرَضِ مَوْتِهِ. ويقول الْمُوصَى لَهُ: بَلْ أعتقه فِي صحته.

فإِنَّ القَولَ قَولُ الوَارِثِ، وَلَا شَيءَ لِلمُوصَى لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضُلَ عَلَى قِيمَةِ العَبْد مِنْ الثُلُثِ شَيءٌ أَوْ تَقُومَ لَهُ بينةٌ.

لِأَنَّ مـن زعم الوارث أنَّ الإعتاق كَانَ وصيةً وأنَّه مقدمٌ عَلَى وصية الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ، وَأَنْ لَا شيء لَهُ إِلَّا أن يفضُل عَلَى قيمة العَبْد شيء من الثلث.

ومـن زعم الْمُوصَى لَـهُ أنَّ الإعتاق لَمْ يَكُنْ وصيـةً، وَأَنْ لَهُ فِي ثلث ما وراء العَبْد مِنْ مَالِ الميت.

وحاصله يَرْجِع إِلَى تاريخ الإعتاق وَهُوَ من الحوادث، فإِنَّما يحكم بثبوته من أقرب ما ظهر حَتَّى تقوم البينة عَلَى غير ذَلِكَ.

فإن جعلنا القول قول الوارث صَارَ الثلث مستحقاً بِهِ، فإن فضل شيء مِنْهُ إِلَى تمام الثلث فَهُوَ للموصى لَهُ، وإلا فَلَا شَيْءَ لَهُ.

وَإِنَ أقام الْمُوصَى لَهُ بينةً عَلَى ما قَالَ ثبت أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وصيةً، فَلَهُ ثلث سـائر الأموال، ويجب أن يستحلف الوارث إن لَمْ يقم بينةً للموصى لَهُ بِالثُّلُثِ.

ثُمَّ ذكر وصية الذمي وَقَدْ تقدمت.

١٢٠٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي إِلَى عَبْدِهِ؛ قَالَ: إِنْ كَانَتْ الْوَرَثَة صغاراً فَهِيَ جَائِزَة، وإِنْ كَانَ فِيهِم كبيرٌ فَهِيَ بَاطِلَةٌ. وَقَالَ يعقوب ومحمَّد رحمهما الله: هُوَ باطلٌ فِي الْوَجْهَيْنِ [جَمِيْعَاً][١].

---

(١) فِي ب

واحتجا بأنَّ الإيصاء إثبات ولاية فَلَا يصح لمن لَيْسَ بأهل لَهَا.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَوْصَى إِلَى عبد غيره أَوْ إِلَى كافرٍ بطل لما قلنا؟ فَلَا يبقى وجه الصحّة إِلَّا إذنُ الميت، وإذنه بموته ينقطع فيمنع الموتُ صحته.

وَاحْتَـجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: بأنَّ العَبْد مالكٌ للتصرف بإذن الْمَوْلَى، وَلَيْسَ بمولىً عَلَيْهِ من جهة من يتصدق عَلَيْهِ[1] وَلَا من جهة غيره، فَصَارَ هُوَ والحر سواءٌ بِخِلَافِ عبد الغيـر لِأَنَّهُ مولـىً عَلَيْهِ، وبِخِلَافِ مـا إِذَا كَانَ فيهم كبيرٌ لِأَنَّـهُ يبيع نصيبه [من العَبْد][2] فَإِذَا صَارَ بعضه مولىً عَلَيْهِ وَهُوَ مِمَّا لَا يتجزأ بطل كله.

١٢٠٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، فِي أَحَدِ الْوَصِيَّيْنِ لَا يَنْفَرِدُ بِالتَّصَرُفِ؛ لَمْ يَجُزْ عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ، وَإِنَ اشْتَرَى طَعَامَاً أَوْ كِسْوَةً أَوْ مَا لَا بُدَّ مِنْهُ، أَوْ اشْتَرَى كَفَنَاً لِلْمَيِّتِ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلَهُمْ جَمِيْعَاً.

وحاصلـه أنَّ أحد الْوَصِيَّيْنِ لَا ينفرد بالتصـرف فِيمَا هُوَ من باب الولاية عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وعند أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ ينفرد.

وأجمعـوا فِيمَـا لَيْسَ من باب الولاية أَنَّهُ ينفرد كل وَاحِـدٍ مِنْهُمَا، وَذَلِكَ مثل شـراء مَا لَا بدّ مِنْهُ، لِأَنَّهُ من باب الضرورة لِأَنَّ الأمَّ تملك ذَلِكَ، ومثل شراء الكفن لِأَنَّهُ ضروريٌ لَا ينبني عَلَى الولاية.

---

(١) فِي ب: يتصرف لَهُ

(٢) فِي ب

أَلَا تَرَى أَنَّ الأمَّ تملكه؟ وَلَوْ فعله جيرانه عند الضرورة يصحُّ.

وقضاء الدين يصحُّ أَيْضَاً لِأَنَّ من لَهُ الدين يَمْلِك أخذه فَلَيْسَ التسليم من الولاية فِي شَيْءٍ، وَكَذَلِكَ تسليم الودائع وَكَذَلِكَ رد المغصوب، لِأَنَّ من لَهُ الحق يملكه أَيْضَاً، وجمع الأموال الضائعة [المتفرقة][(١)] ينفرد بِهِ أحدهما، لِأَنَّهُ لَيْسَ من باب الولاية.

أَلَا تَرَى أَنَّ الجيران يفعلون ذَلِكَ؟ وَكَذَلِكَ الخصومة ينفرد بِهَا أحدهما كأحد الوكيلين بالخصومة ينفرد بِهَا أحدهما، فأحد الْوَصِيَّيْنِ أولى، وَكَذَلِكَ بيع ما يتسارع إِلَيْهِ الفساد، وَكَذَلِكَ رد البيع الفاسد، وَكَذَلِكَ تنفيذ الْوَصِيَّة بِشَيْءٍ بِعَيْنِهِ وإعتاق عبدٍ بِعَيْنِهِ.

فأمَّا البيع وَالرَّهْن والإجارة والكتابة وَمَا أشبه ذَلِكَ فعلى الاختلاف، وَكَذَلِكَ التقاضي، لِأَنَّ التقاضي هُوَ الاقتضاء، والاقتضاء من باب الولاية فَلَا ينفرد بِهِ أحدهما.

وَاحْتَجَّ أَبُو يُوسُفَ ﵀ بأَنَّ الإيصاء من باب الولاية، والولاية إِذَا ثبتت لاثنين شرعاً، ثبتت لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الانفراد، مثل الأخوين فِي ولاية الإنكاح، فَكَذَلِكَ إِذَا ثبتت شرعاً أُلحق بِهِ.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ ومحمَّد ﵄ بأَنَّ الْمُوصِي إِنَّمَا أثبت الولاية لَهُمَا جملةً، فصارت الولاية مقيدةً بشرط اجتماع رأيهما، وَذَلِكَ شرطٌ مقيدٌ فَلَمْ يثبت بدون ذَلِكَ الشرط.

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَى أحد الْوَرَثَة الكفن جَازَ أَيْضَاً، لما ذكرنا أَنَّهُ من باب الضرورة، والحفظ دون الولاية، فَلَمْ يتوقف عَلَى الرأي والتدبير.

(١) فِي ب

وَقَـالَ فِي رَجُلٍ تـرك ابنين وعبداً قيمتـه مائةٌ وَقَدْ أعتقه، فيجيـز الوارثان لَهُ العتق.

قَالَ: لَا يسـعى فِي شَـيْءٍ لِأَنَّ الإعتـاق فِي المرض وصيةٌ، ومحـل الْوَصِيَّة الثلث، وَمَا زَادَ عَلَيْهِ حق الْوَرَثَة، فَإِذَا أجاز الْوَرَثَة ذَلِكَ جَازَ، وسـلم للعبد ما عَلَيْهِ من السعاية.

١٢٠٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَـنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُـلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ ثَلَاثَـةِ دَرَاهِمَ، فَهَلَكَ درهمان من تلك الدَّرَاهِمِ؛ قَالَ: الدِّرْهَمُ البَاقِي كُلُّهُ لِلمُـوصَى لَهُ إِذَا خَرَجَ مِنْ الثُّلثِ، وَكَذَلِـكَ إِذَا أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ ثَلَاثَة ثِيابٍ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ فَهَلَكَ ثوبان وَبَقِي ثَوبٌ وَاحِدٌ.

١٢٠٨- وَلَـوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ ثَلَاثَة رَقِيقٍ، أَوْ ثَلَاثَة دُورٍ فَهَلَكَ اثْنَانِ وَبَقِي وَاحِدٌ كَانَ لِلمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ مِنْ البَاقِي.

والفـرق أنَّ ما يحتمل الْقِسْـمَة فتسـمية الجزء من الجملة وتسـمية قدر من ذَلِكَ سـواء كالعُشر من عشرة أقفزة حنطة، والقفيز مِنْهَا سواء، ولو لا ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ للقاضي حق الجبر فِي الْقِسْمَة[1].

وَلَوْ سَـمَّى درهماً أَوْ ثَوْباً لوَجَبَ تسـليم ما بقي لِأَنَهُ ثوبٌ مِمَّا سَمَّى ودرهمٌ مِمَّا سَمَّى.

---

(١) وَلَمْ يكن لَهُ حق أحد الشـريكين فِي ثوبين فِي ثوب واحد ولما صَارَ للقاضي هَذِهِ الولاية ثبت أن الخبر ومن الجملة ثبت لَهُ قرب مِنْهَا. حاشية أ

مثالــه مــن بَاعَ قفيزاً من هَــذِهِ الصبرة صحَّ كما لو بَاعَ جزءاً شــائعاً مِنْهَا، وَلَوْ هَلَــكَ الكل إِلَّا قفيزاً وَجَبَ تسـليمه إِلَى الْمُشْــتَرِي، والثياب فِـي بيع الواحد من الجملة تخالف المكيل والموزون هناك لِأَنَّهُ بواسطة القضاء يُلحق بِهِ، وَلَا مدخل للقضاء هناك[(١)].

فأمَّا العبيد والدور فمختلفةٌ فَلَمْ تكن تسـمية الشـائع وتسـمية العين سواء، فَصَارَ الحق فِي كل وَاحِدٍ عَلَى الانفراد.

فَإِذَا هَلَكَ اثْنَانِ بطل ما فيهما وبقي ثلث الباقي، وَلَا يُشْـكل حكم الدور أَنَّها لَا تُقسم قسمة جمع، وَكَذَلِكَ العبيد [والبهائم][(٢)] عند أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندهما: إِنَّمَا يقســمون برأي القَاضِي بِخِـلَافِ الثِّيَاب المتفقة، فَإِنَّهُ لَا رأي للقاضي هناك سـوى الجبر عَلَى الْقِسْـمَة، والمعلـق بالرأي لَا يثبت قَبلَـهُ بِمَنْزِلَةِ الثابت بالحكم فِي موضع الاجتهاد[(٣)].

ويحتمل أنَّ تكون مسألة الرقيق قول أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ خاصةً.

---

(١) جَعَـلَ الثِّيَـاب الَّتِي هِـيَ من صنف واحد بِمَنْزِلَـةِ جنس واحد فِي جـق الْوَصِيَّة وَلَمْ يجعلهـا بِمَنْزِلَةِ المكيل والموزون فِي حكم البيع وضمان الغصـب حَتَّى لو بَاعَ ثَوْبَاً مـن هَذِهِ الثِّيَاب لَا يَجُـوزُ ويضمن بالقيمة لَا بالمثل والفرق هُوَ أن القيمة مبناها عَلَى المسـاهلة وسرعة الثبوت وَلِهَذا يصح بمعدوم عَلَى خطر الوجود نحو الْوَصِيَّة بالغلة فيحتمـل فِيهَا من الجهالة مَا لَا يحتمل فِي البيع وَهِيَ فِي الصنف الواحد تغل فيلحق بالأمثال المتساوية بخبر القَاضِي [أَمَّا] فِي غَيْرِه من الدور والعبيد التفاوت فاحش فَلَا يحتمل فِيهِ.

(٢) فِي ب

(٣) فَإِنَّهُ لَا يصير مجمعاً ما يصله قبل قضاء القَاضِي بِهِ لأن كونه مجمعاً عَلَيْهِ معلق بالقضاء.

١٢٠٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ بَيْنَ رَجُلَيْنِ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَتَهُ [يقسم][1] إِلَّا الرَّقِيقَ وَالدُّورَ الْمُخْتَلِفَةِ؛ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يُقَسَمُ الرَّقِيقُ. فَأَمَّا الدُّورُ فَإِنِي أَنْظُرُ فِيهَا فَإِنْ كَانَ الأَفْضَلُ أَنْ أَقْسِمَ كُلَّ دَارٍ عَلَى حِدةٍ قَسَمْتُهَا، وإِنْ كَانَ الأَفْضَلُ أَنْ أَقْسِمَ حَقَّهُ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ قسمته إِذَا أَرَادَ ذَلِكَ.

[قَالَ][2]: الْقِسْمَة فِيمَا يحتمل الْقِسْمَة حقٌ مستحقٌ فِيمَا بين الشركاء وُضع لإكمال المنفعة، فما كَانَ من المكيل والموزون فَإِنَّهُ يُقسم إِذَا كَانَ من صنفٍ وَاحِدٍ، وَكَذَلِكَ الثِّيَاب والدواب كلها، وَكَذَلِكَ الأرض الواحدة والدار الواحدة إِذَا احتملت الْقِسْمَة[3]، فأمَّا الرقيق فَلَا يُقسمون عند أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ لِأَنَّ التفاوت فيهم فاحشٌ عظيمٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّ التوكيل بِشِرَاءِ ثوبٍ هرويٍ وشراء حمارٍ وفرسٍ جائزٌ بِغَيْرِ تسمية الثَّمَن، وبشراء عبدٍ أَوْ جاريةٍ لَا يصح إِلَّا ببيان الثَّمَن، والْقِسْمَة للتعيين وإكمال المنفعة، وَذَلِكَ لَا يحصل عند كثرة التفاوت، فامتنع لفوات المقصود.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: يُقسم الرقيق فيجمع حق كل وَاحِدٍ منهم فِي عبدٍ وَاحِدٍ ويسوّى بينهم باعتبار القيمة إن أمكن، لِأَنَّ جنس الْمَال واحدٌ، فَإِذَا احتمل التسوية وجبت الْقِسْمَة كالثياب.

---

(١) الزيادة مني

(٢) فِي ب

(٣) فأمّا فِيمَا لَا يحتمل الْقِسْمَة كالسيف والحمام إِذَا كَانَ بين قوم فحينئذ لَا يقسم. حاشية أ

وذكـر فِي كِتَاب المضاربة فِي مَالِ المضاربة: إِذَا كانوا عبيداً كل واحد يعدل رأس الْمَال أن الربح لَا يتبين، وَلَوْ احتمل الْقِسْمَة لتبين، وَلَمْ يحك خلافاً.

وذكر فِي[1] الصوم فِي الرقيق بين اثنين أَنَّهُ لَا تجب صدقة الفطر عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا[2]، وَلَوْ احتمل الْقِسْمَة لوَجَبَ.

وَلَمْ يحك خلافاً فِي النسـخ المعروفة، فثبت أنَّ الأصح قول أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وأنَّ ما قالاه محمولٌ عَلَى الاحتمال برأي القَاضِي.

[مطلب: في الدور المختلفة]

فأمَّـا الـدور المختلفة فَإِنَّهَا لَا تُقسـم لتفاوتهـا بِمَنْزِلَةِ الأجنـاس المختلفة، والدور المتفقة بِمَنْزِلَةِ دارٍ وَاحِدَة.

وَإِنَّمَا استحسن أَبُو يُوسُفَ ومحمَّد رحمهما الله فقالا: إن أمكن القَاضِي قطع المنازعة وجمع الحقوق فعل ذَلِكَ.

والجواب أنَّ هَذَا انَّمَا يحسـن إِذَا لَمْ يتضمـن بِأَحَدِهِمَا ضررٌ، وَهَذَا لَا ينفك عن الضرر.

١٢١٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي رَجُلٍ مَاتَ وَتَرَكَ عَبْدَاً[3]

---

(١) وَقَالَ فِي كِتَاب الصوم.

(٢) فِي ب: عَلَى كل واحد مِنْهُمَا.

(٣) وَلَا مال لَهُ سوى العَبْد. حاشية أ

وَابْنَـاً؛ فَقَالَ العَبْد: أَعْتَقَنِي أَبُـوكَ فِي صِحْتِهِ، وَقَالَ رَجُـلٌ: لِي عَلَ أَبِيكَ أَلْف دِرْهَـم. فَقَالَ: الابِنْ صَدَقْتُمَا. قَالَ: يَسْـعَى العَبْدُ فِي قِيمَتِهِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُـف وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: الغُلَامُ حُرٌّ، وَلَا يَسْـعَى فِي قِيمَتِـهِ، وَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ حَقٌّ كُلُّهُ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِهِ مَعَاً.

واحتجـا بأَنَّهما لما وُجدا مَعَاً فَقَدْ اسـتويا فَلَمْ يدفع أحدهما [صاحبه][1] بَلْ جَعَـلَ كله حقاً، وَلَوْ كَانَ حقاً عَلَى ما قالا لأُعتق مِنْ غَيْرِ سـعايةٍ وبطل الدين عَنْهُ، فكذا هَذَا.

وَهَـذَا نظير رجلٍ قَالَ للوارث: هَـذِهِ الألف كَانَتْ وَدِيعَةً لِي عند أبيك، وَقَالَ آخـرُ: لِي عَلَـى أبيك ألف دِرْهَم دين، أَنَّ الوارث إِذَا قَـالَ: صدقتما كَانَتْ الوديعةُ أولى عندهما لما ذكرنا.

وَاحْتَـجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: بأَنَّ الإقـرار بالدين أقوى، الدليل عَلَيْهِ أَنَّ ذَلِكَ يصح من رأس الْمَال، وأنَّه لَيْسَ بوَصِيَّةٍ من المريض، والإقرار بالعتق بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّة من المريض، ولأَنَّ إسـناد العتق إِلَى الصحة إِنَّمَا يصح إِذَا لَمْ يوجد شـغل بالدين وَقَدْ قارنه شـغل الدين ههنا فمنع الإسـناد فوَجَبَ رده بالدين، ورده بالسعاية يحصل، وَهُوَ نظير الدين مع الوديعة عَلَى قولَهُ[2] أَيْضاً.

١٢١١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَـالَى، فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ ويُوصِي

(١) فِي ب

(٢) فإن الوديعة تقسم عَلَيْهِما نِصْفَيْنِ عنده وعندهما صاحب الوديعة أولى.

إِلَى رَجُلٍ وَيَتْرُكُ أَبَاً [وجداً][١]، أَيُّهُمَا أَحَقُّ؛ قَالَ: وَصِيُّ الأَبِ أَحَقَّ مِنْ الجَدِّ.

وَهَذَا عندنا.

وَقَالَ الشافعي ﵀: الجدُّ أحقُّ لِأَنَّ[٢] النَّبي ﷺ أقامه مقام الأب عند عدمه.

ولنا: أنَّ الأب مقدمٌ عَلَى الجد ووصيه قائمٌ مقامه، ففي تقديمه تقديم الأب.

١٢١٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، قَالَ: الْوَصِيَّة لِمَا فِي البَطْنِ جَائِزَة، والْمِيرَاثُ لَهُ واجِبٌ، وَالهِبَةُ لَهُ بَاطِلَةٌ.

أَمَّا الْمِيرَاث فَإِنَّهُ خلافةٌ فينبني عَلَى الحياة والحرية وَقَدْ استوفاهما الجنين.

أَمَّا الْوَصِيَّة فخلافةٌ مِنْ وَجْهٍ أَيْضَاً، وَهِيَ لَا تحتاج إِلَى قبضٍ وَلَا إِلَى قبولٍ فصحت للجنين كالإرث.

وَأَمَّا الهبة فتصرف عَلَيْهِ قصداً فَلَا تصح [عَلَيْهِ][٣] إِلَّا بالقبول والقبض، وَذَلِكَ لَا ينفك عن الولاية وَلَا ولاية لأحدٍ عَلَيْهِ.

١٢١٣- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِعتقِ عَبْدِهِ،

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: لِأَنَّ الشرع

(٣) فِي ب

فَجَنَى العَبْدُ جِنَايَةً بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي فَدُفِعَ بِالْجِنَايَةِ؛ بَطُلَتْ الْوَصِيَّة. وَإِنَ اخْتَارُوهُ بِالدِّيَةِ كَانَتْ الدِّيَةُ فِي أَمْوَالِهِم وَأَمْضُوا الْوَصِيَّةَ.

قَالَ: الإيصاء بالإعتاق لَا يُبطل ملك الْوَرَثَة، فإن شاؤوا دفعوه، وَإِنَ شاؤوا فدوه.

فإن دفعوه بطلت الْوَصِيَّة لِأَنَّ الدفع يُبطل حق المالك لو كَانَ حياً، فَكَذَلِكَ يُبطل حق من يتلقى من جهته.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُوصِي لو بَاعَهُ أَوْ بيع بعد موته بسبب الدين أنَّ الْوَصِيَّة تبطل؟ فَكَذَلِكَ هنا.

وصح الإبطال لِأَنَّ حق أولياء الْجِنَايَة مقدمٌ عَلَى حق المالك، فَكَذَلِكَ مقدمٌ عَلَى من يلتقي من المالك.

وَإِنَ اختاروه بالدية فعَلَيْهِم الدِّيَة لالتزامهم كعبدٍ بين جماعة فدوه بالدية، وَقَدْ قتل قتيلًا خطأً وأمضوا الْوَصِيَّة لَهُ لِأَنَّ العَبْد قَدْ فرغ عن الْجِنَايَة فسلم للوصية.

١٢١٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي بِصُوفِ غَنَمِهِ أَبَدَاً، وَبِالوَلَدِ أَبَدَاً، وَبِاللَّبَنِ أَبَدَاً.

فإنَّما للموصى لَهُ الصوف الَّذِي عَلَى ظهر الغنم يوم يموت الْمُوصِي، [لِأَنَّ الْوَصِيَّة إِنَّمَا تجوز فِي شَيْءٍ يجري فِيهِ الْمِيرَاث أَوْ فِيمَا لَهُ نظير من العفو][1]، وَكَذَلِكَ الْوَلَد واللبن.

---

(١) فِي ب

[بَابُ الْوَصِيَّة بِثَمَرَةِ البُسْتَانِ وَغَلَّتِهِ]

١٢١٥- قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ نَخْلَةٍ أَبَدَاً أَوْ بِثَمَرَةِ نَخْلَةٍ [أَبَدَاً][1] فَلَهُ كُلُّ ثَمَرَةٍ كَانَتْ فِيهِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُوصِي، وَمَا حَدَثَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ غَلَّةُ كُلِّ شَيْءٍ.

والفرق أنَّ الصوف واللبن والولد الموجود يصح استحقاقه بالعقود، فَإِنَّهُ يَمْلِك تبعاً لكل عقد، ويملك قصداً بالخلع وَمَا أشبه ذَلِكَ.

فأمَّا الحادث مِنْهُ فَلَمْ يُشرع استحقاقه بِشَيْءٍ من العقود فَلَمْ يصح استحقاقه بعقد الْوَصِيَّة وَهُوَ أمرٌ غير مشروعٍ.

فأمَّا الثمر والغلة فيصح استحقاقها بضربٍ من العقود وَهِيَ المزارعة والمعاملة وَمَا أشبه ذَلِكَ.

والْوَصِيَّة أوسع العقود، فلأنَّ تُستحق بالوصايا أولى، والثمرة والغلة يفترقان مِنْ وَجْهٍ، فإنَّ اسم الثمرة لَا يتناول الحادث إِلَّا أَنْ يَقُولَ فِيهِ أَبَدَاً، واسم الغلة يتناوَلَهُ وَإِنَ لَمْ يذكر الأبد، لِأَنَّ الثمر فِي اللغة اسمٌ للموجود فَلَا يتناول غيره[2] إلا أن يقوم الدليل.

(١) فِي ب

(٢) يقال: أفي كرمك ثمرة فيقول نَعَمْ يردي بِذَلِكَ الثمرة القائمة فِي الكرم فِي الحال لَا ما يحدث بعد ذَلِكَ وَفِي الشرع كَذَلِكَ نحو قولَهُ من بَاعَ نخلًا مؤبرة فثمرته لِلبَائِع إِلَّا أن يشترط المبتاع، وأراد بِهَا الثمرة القائمة يوم البيع لَا ما يحدث لأن ما يحدث لِلْمُشْتَرِي لأنه وجد عَلَى ملكه هَذَا اذَا كَانَ فِي البستان ثمرة يوم الموت فأما إِذَا لَمْ يَكُنْ فَإِنَّهُ يتناول =

فأمَّا الغلة فاسمٌ للذي نبت وقتاً بعد وقت، ومنه غلة الدار والحانوت فَلِذَلِكَ استغنى فِيهِ عن ذكر التأبيد.

ذكر هَذَا الفرق فِي آخِرِ الْكِتَاب.

١٢١٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الْوَصِيَّيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّ المَيِّتَ أَوْصَى إِلَى هَذَا مَعَهمَا؛ قَالَ: إِنْ ادَّعَى ذَلِكَ فَشَهَادَتُهُمَا جَائِزَة، وَإِنْ أَنْكَرَ ذَلِكَ فَشَهَادَتُهُمَا باطلةٌ. وَكَذَلِكَ الوَارِثَانِ يَشْهَدَانِ بِذَلِكَ.

وَهُوَ استحسانٌ، والقياس أن لَا يقبل وَإِنَ ادَّعَى.

أَمَّا إِذَا أنكر فَقَدْ شَهِدَ الوارثان لأنفسهما، وَكَذَلِكَ الوصيان شهدا لأنفسهما لأَنهما لما ادَّعَيَا ذَلِكَ فَقَدْ أقرا أنَّ تصرفهما لَا يصح إِلَّا برأيه عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد ﷺ.

وَأَمَّا عند أَبِي يُوسُفَ ﷺ فَقَدْ أثبتا لأنفسهما عَوْناً.

وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى ذَلِكَ فَلَا يقبل فِي القياس لما ذكرنا، وَفِي الاستحسان يقبل، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ طالباً كَانَ للقاضي أن يضمه إليهما وَأَنْ يجعل وصياً بانفراده، وَلَيْسَ فِي شهادتهما إثبات حقٍ وَإِنَّمَا فِيهَا إسقاط مؤنة التعيين عن القَاضِي لَا غير، فَلِذَلِكَ قبلت الشهادة.

وَقَدْ ذكرنا بعض نظائر هَذَا الفصل فِي أول كِتَاب القضاء.

= الحادث من الثمار وإن لَمْ يذكر لأنه كالغلة سواء إِلَّا ما لو اعتبرنا العرف وقيدنا المطلق أي مطلق الْوَصِيَّة بالثمرة القائمة يوم الموت أدنى ذَلِكَ إِلَى إبطال الْوَصِيَّة أصلًا، والعرف لَا يَجُوزُ أن يكون مبطلًا لأنه لَا ينفي كون المطلق مراداً من المطلق فَإِذَا لَمْ ينف دَخَلَ الحادث فِيهِ. برهاني. حاشية أ

١٢١٧- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلَينِ يَشْهَدَانِ لِرَجُلَينِ أَنَّ لَهُمَا عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَيَشْهَدُ الرَّجُلَانِ أَنَّ لِلشَّاهِدَينِ عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ؛ قَالَ: شَهَادَتُهُمَا جَائِزَةٌ.

وَإِنَ شهدا أَنَّ الميت أَوْصَى لهذين [الشاهدين](١) بِأَلْفِ دِرْهَم، وَشَهِدَ الآخران أَنَّ الميت أَوْصَى لهذين الشاهدين بِأَلْفِ دِرْهَم قَالَ: الشهادة باطلةٌ.

وهذه المسألة عَلَى أوجه: وجهٌ تُقبل فِيهِ الشهادة بِالْإِجْمَاعِ، وَهُوَ أن يشهدا بعين وصية لرجلين، وَشَهِدَ الْمُوصَى لَهُما للشاهدين بالْوَصِيَّة بعينٍ أُخرَى فهذه مقبولةٌ لِأَنَّهُ لَا شركة فِي ذَلِكَ، فَلَمْ يكن فِي الشهادة تهمةٌ.

[مطلب: في الشهادة في الدين]

وَكَذَلِكَ الشهادة بالدين إِذَا كَانَ عَلَى ما ذكر فِي الْكِتَاب، لَكِنَّهُ فِي حال الحياة والصحة فَهُوَ مقبولٌ بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّهُ لَا تهمة لَهُ(٢)، لِأَنَّ الدين لَا يتعلق بالمال فِي حال الحياة والصحة [بَلْ يتعلق بالذمة](٣).

والثاني: لَا يُقبل بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ أن يشهد اثْنَانِ لاثنين بالْوَصِيَّة لجزءٍ شائعٍ، ويشهد الرجلان للشاهدين بمثل ذَلِكَ فإِنَّ الشهادة لَا تقبل.

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب: فِيهِ

(٣) فِي ب

وَكَذَلِكَ إِذَا شَـهِدَ الأولان لرجلين بعينٍ، وَشَـهِدَ الرجلان للشـاهدين بِثُلُثِ الْمَال لَمْ يقبل أَيْضَاً، لأنَّهما أوجبا لأنفسهما شركة.

وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَ الاثنان بِأَلْفِ مرسلٍ، وَشَهِدَ المشهود بهما للشاهدين بِأَلْفِ مرسـلٍ أَيْضَاً لَمْ يقبل أَيْضَـاً، لِأَنَّ الحق لَا يثبت فِي الذِّمَّـة، وَإِنَّمَا يثبت فِي العين، فَصَارَ مشتركاً بينهم فأَوَجَبَ تهمةً، فأمَّا الشهادة بالدين[1] فَإِنَّهَا تقبل عند أَبِي حَنِيفَةَ ومحمَّد رحمهما الله.

وَقَالَ يعقوب رحمه الله: لَا تقبل.

وذكـر الخصَّاف رحمه الله فِي أدب القَاضِي أنَّ عَلَى قول أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ رحمهما الله لَا تقبل، وعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله تقبل.

والذي ذكره الخصَّاف مذكورٌ فِي الأمالي عن أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُـفَ رحمهما الله، ذكره بشرٌ رحمه الله فِي الأمالي، فَصَارَ عن كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا روايتان.

وجه الرواية الَّتِي حكمت بالرد: أنَّ الدين متعلقٌ بالتركة عَلَى سـبيل الشَّرِكَة، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الوصايا المشتركة.

ووجه الرواية الأُخْرَى: أنَّ الدين إِنَّمَا يُحل الذِّمَّة وَلَا شركة فِي ذَلِكَ أصلًا[2]، وَإِنَّمَا الاستيفاء من ثمراته.

---

(١) أي عَلَى الميت وَهِيَ مسألة الْكِتَاب. حاشية أ

(٢) فَـكَانَ حق كل فريق ممتاز عن صاحبه وَلَهُذا لو تبـرع أَجْنَبِيّ بقضاء دين أحد الفريقين لَا يَكُون للفريق الآخر فِيهِ حق المشاركة.

١٢١٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الْمُسْلِمِ يُوصِي إِلَى الذِّمِّيِّ بالْوَصِيَّة، أَوْ إِلَى عَبْدِ الغَيرِ؛ قَالَ: كَلَاهُمَا بَاطِلَانِ.

وذكر فِي كِتَاب الْقِسْمَة أَنَّ الْمُسْلِم إِذَا أَوْصَى إِلَى ذميٍّ فقاسم الذمي قَبْلَ أَنْ يخرجه القَاضِي أنَّ ذَلِكَ جائزٌ، فثبت بِهِ أَنَّ الإيصاء إِلَيْهِ صحيحٌ لَكِنَّهُ يُخَرَجَ مِنْهَا يُخرجه القَاضِي.

أَمَّا الإيصاء فصحيحٌ لِأَنَّهُ من أَهْل التصرف وَلَيْسَ بمولىً عَلَيْهِ من جهة من يتصرف عَلَيْهِ، فصح الإيصاء، ولكنَّه لَا يؤمن الذمي عَلَى الْمُسْلِم[1] فيخرجه القَاضِي.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُسْلِم إِذَا وكل ذمياً بِبَيْعِ أَوْ شراء كره ذَلِكَ. بِخِلَافِ الذمي يوكل بِهِ الْمُسْلِم أَنَّهُ لَا يكره ذَلِكَ.

وعبدُ غيره مشغولٌ فَلَا يؤمن عَلَيْهِ أن يقصر، وَلَا يستوفي فِي حقوق الميت، وكان للقاضي أن يخرجه ويستبدل بِهِ.

١٢١٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ تَعَالَى، فِي الْوَصِيَّيْنِ يَشْهَدَانِ لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ المَيِّتِ أَوْ بِغَيْرِ مَالِ المَيِّتِ، أَنَّ ذَلِكَ بَاطِلٌ.

لأَنهما شهدا لأنفسهما بحق التصرف وللوارث بالملك فبطلت كلها، كرجلين يشهدان أنَّ لنا وَلَهُذا المدّعي عَلَى هَذَا ألف دِرْهَم أَنَّ الشهادة كلها باطلةٌ،

(١) لأنه يتوهم مِنْهُ إيقاع الْوَرَثَة فِي الحرام.

لِأَنَّ شـهادة المتهم لَا تُقبل وشهادة الخصم لَا تُقبل[1]، فَكَذَلِكَ هنا، ولأَنَّ الفصل غير ممكنٍ.

قَالَ: وَإِنَ شَـهِدَ الوارث لكبيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ الميت لَمْ يقبل، وشيء مِنْ غَيْرِ مال الميت يقبل.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: يُقبل الشهادة للكبير بِمَالِ الميت أَيْضاً.

احتجا بأَنَّهما أجنبيان عن المشهود بِهِ فوَجَبَ القبول كما فِي غَيْرِ مال الميت، وَإِنَّمَا قلنا هَذَا لأَنَّهما ليسا بخصمين، وَلَيْسَ لَهُمَا حق التصرف فِي ذَلِكَ كُلِّهِ.

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: بأَنَّ الْوَصِيَّيْنِ متهمان فِي هَذِهِ الشهادة، لأَنَّهما يوجبان لأنفسهما حق الحفظ، لِأَنَّ حفظ مال الميت إليهما فِي حق الكبير إِذَا غاب، فيُتوهم عـود الولاية إِلَيْهِ إِذَا جُنّ أَوْ عُته، فَصَارَ كشـهادة المودَعيـن بملك الَّذِي أودعهما المودع، لَهُ أنَّها لَا تقبل لما قلنا.

١٢٢٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي لِرَجُلٍ بِمَالٍ فَرَدَّ أَوْ قَبِلَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي؛ قَالَ: ردُّهُ وَقَبولَهُ بَاطِلٌ.

لِأَنَّ هَذَا الإيجاب إِنَّمَـا ينزل عند الموت، وقبول الإيجاب قبل نزولَهُ بِمَنْزِلَةِ قبولَهُ قبل التكلم بِهِ، كرجلٍ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: (إِذَا جاء غدٌ فَقَدْ طلقتك بِأَلْفِ دِرْهَم) أَنَّ قبولَهَا الْيَوْم باطلٌ لما قلنا.

(١) أي الشهادة لِنَفْسِهِ دعوى والشهادة للغير تهمة لأجل الشَّرِكَة وَلَا شهادة للمتهم فكذا هنا. حاشية أ

وفائدتــه: أَنَّهُ إِذَا ردها فِــي حياته ثُمَّ قبلها بعد وفاته صحَّ، وَلَوْ قبلها فِي حياته ثُمَّ ردها بعد وفاته بطلت الْوَصِيَّة.

١٢٢١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَــنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الرَّجُلِ يُوصِي إِلَى رَجُلٍ فَيَقُولُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي لَا أَقْبَلُ ثُمَّ قَبِلَ؛ قَالَ: هُوَ جَائِزٌ.

إِلَّا أن يخرجــه القَاضِي عن الْوَصِيَّة بقولَهُ: (لَا أقبــل) لِأَنَّ الميت إِذَا أَوْصَى فَقَدْ أَوَجَبَ لَهُ الولاية واعتمد عَلَيْهَا، فقولَهُ: (لَا أقبل) لَا يخرجه.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يخرجه [عن ذَلِكَ][1] فِي حياته إِلَّا بمحضرٍ مِنْهُ، فَإِذَا لَمْ يخَرَجَ وَلَمْ يبطل الإيجاب صحَّ القبول.

وَلَــوْ أخرجــه القَاضِي صحَّ الإخــراج، لِأَنَّ هَــذَا حكمٌ [مِنْــهُ][2] فِي موضع الاجتهاد، لِأَنَّ الرد صحيحٌ عند بعض الفقهاء[3] وَهُوَ القياس، وَهُوَ نظرٌ من القَاضِي أَيْضاً، فَلَمَّا صحَّ ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ العود فبطل الإيجاب.

وَقَالَ فِي الحربي يدخل إلينا بأمانٍ فيُوصِي بكل ماله لمسلمٍ أَوْ لذميٍّ.

قَالَ: هُوَ جائزٌ.

---

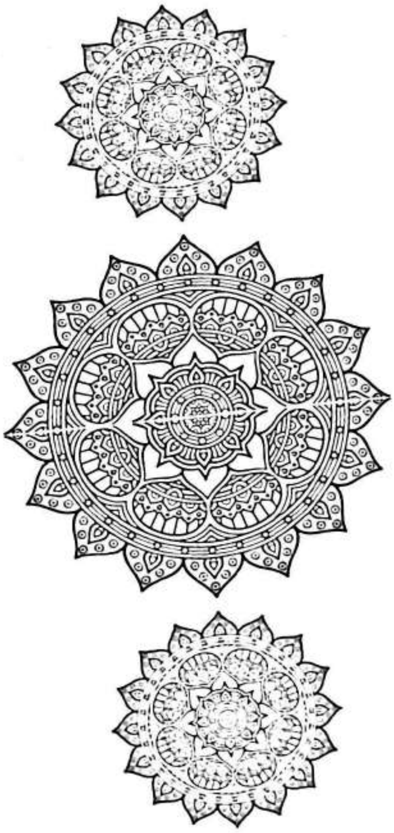
(١) فِي ب

(٢) فِي ب

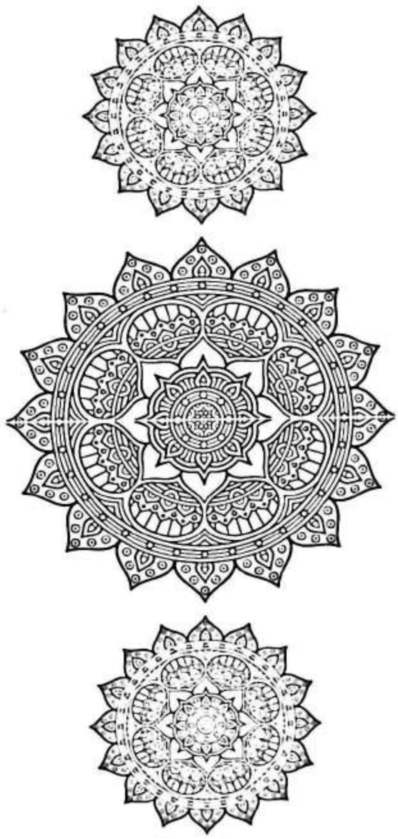
(٣) هَذَا اذَا كَانَ ورثة الحربي المســتأمن فِي دار الحرب أَمَّا إِذَا كَانَتْ فِي دار الْإِسْــلَام مستأمناً كَانَــتْ أَوْ ذمياً فَإِنَّهُ يتقدر بقدر الثلــث لحرمتهم بِخِلَافِ ما إِذَا كانوا فِي دار الحرب لأنه لَا حرمة لهم.

أَمَّا جواز تصرفه فِي مَالِهِ فَلَا يُشكل، وللمسلم أَوْ للذمي فَلَا يُشكل أَيْضاً، وَإِنَّمَا أراد بِهِ أن يصح بجميع الْمَال، وَلَا يقتصر عَلَى الثلث لحق الْوَرَثَة لِأَنَّ القصر عَلَى الثلث شُرع لعصمة حق الْوَرَثَة، وَلَا عصمة لحق الْوَرَثَة ههنا.

والحجر بناءً عَلَى حقٍ معصومٍ لَا يصلح دليلًا عَلَى الحجر لحقٍ غير معصومٍ، وَلَا يشكل أنَّ حقوق أَهْل الحرب غير معصومةٍ، والله أعلم.



٤٢- كِتَابُ صَيْدِ الْبَازِي وَالْكَلْبِ وَالْفَهْدِ



١٢٢٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: لَا بَأْس بِصَيدِ الْبَازِي، وَإِنَ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ أَوْ الفَهْدُ فَلَا يُؤكَلُ.

هَذَا عندنا.

ومــن الفقهاء ﷺ من قَالَ: لَا بَأْسَ بِصَيــدِ الْكَلْب والفهد وَإِنَ أكلا مِنْهُ، وَهُوَ قول الشافعي ﷺ.

واحتجــوا بِمَا روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺقَالَ لأبي ثعلبة: (إِذَا أَرْسَــلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ فَكُلْ وَإِنَ أكل مِنْهُ)[1].

وَلِأَنَّهُ آلة، فأكله من الصيد لَا يحرم كالْبَازِي.

وَاحْتَجَّ أصحابنا ﷺ بقولَهُ تَعَالَى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة: ٤].

فالإباحة مقيدةٌ بهذا، وَهُوَ الإمســاك عَلَى صاحبه وَلَمْ يوجد لِأَنَّهُ إِذَا أكل مِنْهُ فإنَّما أمسكه عَلَى نفسه.

---

(١) رواه مسـلم برقم/ ٥٠٨١/ بلفظ (عنْ عديّ بنِ حاتمٍ قالَ قلتُ يا رسـولَ اللهِ إنّي أرسـلُ الكلابَ المعلّمةَ فيمسـكنَ عليَّ وأذكرُ اسـمَ اللهِ عَلَيْـهِ فقالَ: (إِذَا أرسـلتَ كلبكَ المعلّمَ وذكـرتَ اسـمَ اللهِ عَلَيْهِ فكلْ، قلـتُ وإنْ قتلنَ قـالَ: (وإنْ قتلنَ ما لمْ يشـركها كلبٌ ليسَ مَعَهَا). قلتُ لـهُ فإنّي أرمي بالمعراضِ الصّيدَ فأصيبُ فقالَ: (إِذَا رميتَ بالمعراضِ فخزقَ فكلـهُ وإنْ أصابهُ بعرضـهِ فَلَا تأكلهُ)، وابن حبان برقم/ ٥٨٨١/، والطبراني فِي الأوسـط برقم/ ٣٢٦٧/ .

وَاحْتَـجَّ بِمَـا روي عن النَّبي ﷺ أَنَّـهُ قَالَ لعدي بن حاتم رضي الله عنه: (إِذَا أَرْسَـلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللهِ فَكُل، وَإِنَ أكل مِنْهُ فَلَا تأكلْ، فإِنِّي أخافُ إنْ أمسَكَهُ عَلَى نفسِه)(١).

ودلَّ هَذَا الحديث عَلَى أَنَّ الحرمة تثبت إِذَا حلت الشبهة.

وحديث أبي ثعلبة يحتمل أَنْ يَكُونَ مختصراً.

وحديـث عدي بن حاتم رضي الله عنه مفسـرٌ لَهُ، وَلِأَنَّهُ موافقٌ لكتـاب الله تَعَالَى فَهُوَ أولى.

والتحريم بالشبهة أحق بأَنْ يَكُونَ ناسخاً أولى.

وَأَمَّا الْبَازِي إِذَا أكل فَلَا بَأْسَ بِهِ.

والفرق بينهما وَهُوَ الفقه فِي المسألة، وَهُوَ أَنَّ الافتراس للتناول طبع الكلاب والسـباع، والتعليم تبديل الطبع بالنقل إِلَى غَيرِهِ ليصير اكتساباً بعد أن كَانَ انتهاباً، وليصيـر مضافاً إِلَى العباد فيصلح سـبباً شـرعياً مثل الذبح وَذَلِـكَ فِي ترك الأكل لتبديـل مـا هُوَ مقصود بطبعه بضـده، وتحقيق هَذَا الحد بمعرفـة علمه ممكن فِي الْكَلْب والفهد بضرب كل واحد مِنْهُمَا ليدع عادته.

فأَمَّا الْبَـازِي فَلَا يحتمل الضرب ليدع الأكل، فتعذر تحقيق هَذَا الشـرط فِيهِ فأقيم مقامه ما يدل عَلَيْهِ وَهُوَ الإجابة عند الدعوة.

قَالَ: وكل شيء علَّمته من ذي ناب من السباع أَوْ ذي مخلب من الطير فعُلم فَلَا بَأْسَ بصيده، لِأَنَّ الله تَعَالَى قَالَ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤].

(١) رواه الترمذي برقم/ ١٤٧٠/، بلفظ قريب.

والسباع كلها جوارحُ.

وَقَالَ النَّبي ﷺ لعدي بن حاتم وأبي ثعلبة رضي الله عنهما: (إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ).

والْكَلْب اسمٌ عامٌ للسباع.

أَلَا تَـرَى أَنَّ النَّبِـيَّ ﷺ قَالَ فِي عتبة بن أبي لهب: (اللَّهُمَّ سَـلِّطْ عَلَيْهِ كَلْبًا مِنْ كِلَابِكَ)(١)، فسلط الله عَلَيْهِ الأسد فقتله.

ومعنى حقيقة هَذَا الاسـم موجودٌ فِي الْكَلْب وَهُوَ الشـدة، فَكَانَ عاماً بطريق الحقيقة.

وعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ استثنى من هَذِهِ الجملة الأسدَ والدبَّ.

أَمَّا الأسـدُ فلعلـو همته قلما يعمل لغيره، وَأَمَّا الدبُّ فلخساسـته قلما يعمل لغيره.

وَقَدْ ذكر فِي الْكِتَاب علَّمته فعُلم، وَذَلِكَ يدل عَلَى هَذَا الاستثناء.

قَالَ: وَمَا سـوى ذَلِكَ فَلَا خير فِيهِ إِلَّا أن يُدرك ذكاته فيُذكيه، يريد بِهِ إِذَا أَخَذَ كلـبٌ غيـر معلمٍ صَيْداً فَلَا خير فِيهِ إِذَا قَتَلَهُ إِلَّا أن تدرك ذكاته لقولَهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣].

وَكَذَلِكَ غير الْبَازِي من سباع الطير مثل الشاهين والباشق والصقر والحِدَأة.

ثُمَّ ذكر بعد هَذَا:

❁ ❁ ❁

(١) تقدم تخريجه فِي باب الحَجّ.

[مَسَائِلُ مُتَفَرِّقَةٌ لَيْسَتْ مِنْ هَذَا البَابِ فِي شَيْءٍ]

١٢٢٣- فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ فِي الصَّبِيِّ يُحْقَنُ بِاللَّبَنِ قَالَ: لَا يُحَرِّمُ شَيْئاً[١].

فرق بينه وبين فساد الصوم فَإِنَّهُ ألحق الحقنة بالأكل والشرب فِي حق فساد الصوم، وَلَمْ يلحقها [بِذَلِكَ][٢] فِي مسألتنا.

والفرق أنَّ الأكل والشرب بمعنى إصلاح البدن أفسد الصوم، والدواء مثله فِي إصلاح البدن، والحُقنة من الدواء.

فأمَّا حرمة الرضاع فإنَّما يثبت باللبن الَّذِي يشربه الصغار بمعنى النشوء والنمو والتغذية.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ فِي حال الكبر لَا يوَجَبَ، والحُقنة مفارقة للشرب فِي هَذَا المعنى وإِنْ كَانَ اللبن بِعَيْنِهِ جَعَلَ حُقنةً.

١٢٢٤- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، فِي الأَخْرَسِ يَقْرَأُ عَلَيْهِ وَصِيتَهُ فَيُقَالُ لَهُ: أَتَشْهَدُ عَليكَ بِمَا فِي هَذِهِ الصحيفة، فَيَقُولُ بِرَأْسِهِ نَعَمْ؛ قَالَ: إِذَا جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعرف أَنَّهُ إِقْرَارٌ أَوْ كَتَبَ فَهُوَ جَائِزٌ. وَإِذا اعْتَقَلَ لِسَانُ الرَّجُل فَقُرِأَ عَلَيْهِ وَصِيتُهُ فَأَشَارَ بِرَأْسِهِ أَيْ نَعَمْ، أَوْ كَتَبَ فَهُوَ بَاطِلٌ لَا يَجُوزُ.

---

(١) أي لَا يثبت فِيهِ شيء من أحكام الرضاع.

(٢) فِي ب

وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: هُمَا سواء، لِأَنَّ العجز جامعٌ لَهُمَا، وَهُوَ كالأهلي إِذَا ندَّ[1] عَنْهُ فِي الذكاة مثل الوحشي، وَلَا يفصل بينهما بأَنَّ هَذَا اصلٌ وَهَذَا عارضٌ بَلْ يجعل العجز عذراً فَكَذَلِكَ ههنا.

والفرق لأصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ أنَّ الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إِذَا صَارَتْ معهودةً معروفةً، وَذَلِكَ لَا يتحقق فِي العوارض وإنما يتحقق فِيمَا كَانَ أصلياً مثل الخرس.

وَلِهَذا ذكر بعض مشايخنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي المريض إِذَا اعتقل لسانه وامتد حَتَّى صَارَتْ إشاراته معروفة معهودة أَنَّهُ يجب الحكم بِهِ كما فِي الأخرس، ولأنَّ الضرورة فِي الأصلي لازمةٌ وَفِي العارض غير لازمةٍ، وَفِي الصيد استويا لِأَنَّ النَّص جَمَعَ بينهما فتُرك القياس بِهِ.

قَالَ: ويجوز طلاق الأخرس وعتقه ونكاحه وبيعه وشراءه واقتص مِنْهُ واقتص لَهُ إِذَا كَانَ يكتب أَوْ يومي إيماءً يُعرف بِهِ، وَلَا يحد وَلَا يحد لَهُ.

أَمَّا الْكِتَاب فَإِنَّهُ من الغائب بِمَنْزِلَةِ الخطاب من الحاضر، والمراد من الغيبة العجز عن الوصول إِلَى بيانه، والعجز ههنا أشد فَصَارَ بِهِ أحق، وَإِذا ثبت هَذَا فالكتابة عَلَى ثَلَاثَة أوجه:

[الْأَوَّل][2]: مستبينٌ مرسومٌ وَذَلِكَ يجري مجرى النطق.

والثاني: غير مستبينٍ مثل الكتابة عَلَى الماء والهواء، وَذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ متكلمٍ غير مسموعٍ، وَلَا يعد ذَلِكَ كلاماً فِي الحكم فَكَذَلِكَ هَذَا.

(١) أي فرَّ مِنْهُ.

(٢) الإضافة مني.

والثالث: مستبينٌ غير مرسومٍ مثل الكتابة عَلَى جدارٍ أَوْ كاغدٍ و[هُوَ][1] لَيْسَ بحجةٍ إِلَّا بالبيان والنية فَلَمْ يصح حجةٌ من الأخرس.

وَقَدْ ذكرنا فِي كِتَاب الإقرار أَنَّ الكتابة من الغائب لَيْسَتْ بحجةٍ فِي القصاص تجب عَلَيْهِ، فيُحتمل أَنْ يَكُونَ ههنا كَذَلِكَ، ويحتمل أَنْ يَكُونَ هَذَا مفارقاً لذلك، وَأَنْ تكون الكتابة كالإشارة سواء وَهُوَ الأشبه فِي مسألتنا لِأَنَّ النطق لَا يوصَل إِلَيْهِ فِي مسألتنا.

وَقَدْ استقصيناه فِي كِتَاب الإقرار، وَكَذَلِكَ الإشارة إِذَا عُرفت قامت مقام العبارة فِي الأحكام كلها، لِأَنَّ إقامة الأحكام عَلَيْهِ أمرٌ لَا بدّ مِنْهُ وَلَا يحدّ فِي القذف وَلَا فِي غَيْرِه، لِأَنَّهُ لَمْ يشرع إِلَّا بصريح القذف والإشارة والكتابة بِمَنْزِلَةِ الَّذِي لَيْسَ بصريح من الناطق، وَلِأَنَّهُ ضروريٌ وَلَا تقام الحدود بالضرورات، وَلَا يحد لَهُ لو قذفه غيره لِأَنَّ الساكت قَدْ يضمر التصديق، وَإِنَّمَا يبطل ذَلِكَ بإشارته أَوْ كتابته وَذَلِكَ أمرٌ محتمِلٌ ضروريٌ فيبقى شبهة التصديق.

والفرق بين الحد والقصاص أَنَّ الحد لَا يقام إِلَّا ببيان لَا شبهة فِيهِ.

[أَلَا تَرَى][2] أَنَّ الشهادةَ بالوطء الحرام والإقرارَ بِهِ لَا يوَجَبَ الحد وإِنْ كَانَ مطلق الحرمة للزنا؟

وَأَمَّا القصاص فيقام بالشهادة أَوْ الإقرار بمطلق القتل، وَإِنَ لَمْ يوجد التصريح بالعمد.

وحاصله: أَنَّ القصاص عِوضٌ ففارق الحدود فِي باب الشبهات عَلَى

---

(١) فِي ب

(٢) فِي ب

ما شـرحناه فِي كِتَاب السـرقة، وَإِذا كَانَ كَذَلِكَ اسـتقام أَنْ يَكُونَ ما هُوَ فِي حكم الكنايات حجة فِي القصاص.

ودلت هَذِهِ المسألة عَلَى أنَّ الكتابة والإشارة سواءٌ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا حجةٌ عند اجتماعهما، بِخِلَافِ ما توهمه بعض مشايخنا رحمهم الله أنَّ الكتابة إِذَا قُدِرَ عَلَيْهَا لَمْ تعتبر الإشارة لِأَنَّهُ جمع بينهما.

وإنما استويا لِأَنَّ الكتابة فِيهَا فضل بيانٍ، لكن الإشارة فِيهَا فضل مضادٌ[1] من قِبَلِ أنَّ الكتابة إِنَّمَا جُعلت حجةً عند العجز عن البيان، والقدرة عَلَى البيان تُضادُّها والإشارة تَخْلف البيان فَهِيَ تضاد الكتابة مِنْ وَجْهٍ، ولأنَّ الإشارة أقرب إِلَى النطق من آثار أقلام فاعتدلا من هَذَا الوجه.

قَالَ: وإِنْ كَانَ رجل صمت يوماً فكتب لَمْ يجزِ شيء من ذَلِكَ، وَهُوَ تأويل ما سبق ذكره فِي الَّذِي اعتقل لسانه.

١٢٢٥- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَـالَى، فِي الغَنَمِ المَذْبُوحَةِ فِيهَا مَيتَـةٌ؛ فإِنْ كَانَتْ المَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ تُجْـزِئُ، وإِنْ كَانَتْ نِصْفَيْنِ أَوْ المَيْتَةُ أَكْثَرَ لَمْ يُؤكَلْ، وَهَذَا فِي حَالِ الاخْتِيارِ. وَأَمَّا فِي حَالِ الضَرُورَةِ فَتُجْزِئُ بِكُلِّ حَالٍ.

لِأَنَّ الميتـة تحلُّ عند الضـرورة فالمختلط أولـى، إِلَّا أنَّ التحري قَدْ يصلح دليل الوصول إِلَى الحلال فَلَمْ يصح تركه بلا ضرورة.

وَأَمَّا فِي حال الاختيار فيجوز التحري عندنا عند غلبة الحلال.

---

(١) فِي الأصل مضادة.

وأبى الشافعي ﷺ هَذَا، وَاحْتَجَّ بأَنَّ التحري دليلٌ ضروريٌ وَلَا ضرورة فِيهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُتحرى عند غلبة الحرام والاستواء لما قلنا؟

والحجة لنا: أنَّ الغلبة تقوم مقام الضرورة.

أَلَا تَـرَى أَنَّ الميتة والأموال المغصوبة تحل عند الغلبة بلا ضرورة كما تحل عند الضرورة؟ لأنَّا نعلم أنَّ أسواق الْمُسْلِمِينَ لَا تخلو عن الحرام فِي سائر الأموال وَفِي اللحوم.

ثُمَّ جَازَ التناولُ بِالشِّـرَاءِ والهبة والإباحـة عند الغلبة كما جَازَ عند الضرورة، فَكَذَلِـكَ ههنا الضرورة حجـةُ الإباحة، والغلبةُ تُنزَّل منزلتها، وَهَـذَا لِأَنَّ كُلَّ قليل يتعذر الاحتراز عَنْهُ فَهُوَ عفو مثل النجاسة.

١٢٢٦- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَـنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، قَالَ: وَكَرِهَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله لِبَاسَ الصِّبْيَانِ مِنْ الحَرِيـرِ. لِأَنَّ التَّحْرِيمَ الثَّابِتُ بِالنَّصِ لَا فَصْلَ فِيهِ، والإِثْمُ عَلَى الأَوْلِياءِ لِأَنَّ عَلَيْهِم حِفْظُ الصِّغَارِ.

وَذَلِكَ كتحريم الخمـر أَنَّهُ ثابتٌ فِي حق الصبيان لكنَّ ما يختص بالكتاب[1] وَهُوَ المأثم عَلَى الأولياء، فَكَذَلِكَ ههنا، وَلَا بَأْسَ بِهِ للصغار.

١٢٢٧- وَقَـالَ عَنْ أَبِي حَنِيفَـةَ رحمه الله: لَا بَأْس بِأَنْ تُؤاجِرَ بَيْتك مِمَّنْ يَتخذُ فِيهِ بِيعَةً أَوْ كَنِيسَـةً أَوْ بَيْتَ نَارٍ، يُرِيدُ بِهِ فِي السَّـوَادِ؛ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا يَنْبَغِي أن يُكريه بِشَيْءٍ من هَذَا، قالا: لِأَنَّهُ إعانةٌ عَلَى المَعْصِيةِ.

(١) فِي ب: بالخطاب

وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: بأنَّ العقد يقع عَلَى منفعة البيت وَلَا معصية فِي ذَلِكَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو تمكن من البيت وَلَمْ يعمل شَيْئاً وَجَبَ الأجر؟

وَإِنَّمَا المسألة فِي السواد الَّذِي يجوز فِيهِ أن يُترك الكفار ليحدثوا ما شاؤوا من البِيَع والكنائس وبيوت النَّار، فأمَّا فِي الأمصار فَلَا يتركون، وَلَا يتركون ليبيعوا الخمور مجاهرةً، وَهَذَا أَيْضَاً فِي سواد العراق الَّذِي يغلب فِيهِ أَهْل الذِّمَّة، فأمَّا فِي سوادنا فَلَا.

١٢٢٨- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى، قَالَ: لَا يُعَقُّ عَنْ الغُلَامِ وَلَا عَنْ الْجَارِيَةِ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلَا سُنَّةٍ، وَلَكِنَّهُ مُبَاحٌ.

وَقَالَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: هُوَ سنَّةٌ.

وَاحْتَجَّ بِمَا روي عن أم كُرز الكعبية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنَّها قالت: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ: (يُذبحُ عن الغلامِ شاتانِ مثلان، وعن الجاريةِ شاة تُذبحُ الْيَوْم السابعَ ويحلقُ رأسُهُ ويُدْمِي)(١).

وَفِي رواية: (ويسمّى)، وَهُوَ الأصح.

---

(١) هُمَا حديثان:

الْأَوَّل: (عنِ الغلامِ شاتانِ مكافئتانِ وعنِ الجاريةِ شاةٌ) رواه أبو داود برقم/ ٢٨٣٦/ واللفظ لَهُ، وابن ماجه برقم/ ٣١٦٢/، والترمذي برقم/ ١٥١٣/، والنسائي برقم/ ٤٥٤٢/، وغيرهم.

الثَّانِي (كلُّ غلامٍ رهينةٌ بعقيقتِهِ تذبحُ عنهُ يومَ السّابعِ ويحلقُ رأسهُ ويدمّى) رواه أبو داود برقم/ ٢٨٣٩/ واللفظ لَهُ، وأحمد/ ٢٠٢٠٦/، والبيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٩٠٧٣/.

وَفِي حديث سَمُرة بن جندب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: (كُلُّ غُلَامٍ رَهْنٌ بِعَقِيقَتِهِ حَتَّى يُذْبَحَ عَنْهُ).

وعق رسول الله ﷺ عن الحسن وعن الحسين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا كبشاً كبشاً.

وَاحْتَجَّ أصحابنا بِمَا روي عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ[1] عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الْعَقِيقَةِ فَقَالَ: (إِنَّ اللهَ تَعَالَى يكره العقوقَ فَمَنْ وُلِدَ لَهُ فَأَحَبَّ أَنْ يَنْسِكَ فَلْيَنْسِكْ عَنِ الْغُلَامِ شَاتَيْنِ وَعَنِ الْجَارِيَةِ شَاةً)[2].

فدل هَذَا الحديث عَلَى نسخ العقيقة وَقَدْ كَانَتْ العقيقةُ أمراً يدين بِهِ أَهْل الجاهلية ويرونها من الواجبات.

وقولَهُ: (فأحب أن ينسك) دليلٌ عَلَى أَنَّهُ مباحٌ لِأَنَّ التعليق بالمحبة ينافي الوجوب والسُنة.

وعن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: (نسختِ الأضحيةُ كُل دَمٍ قبلها)[3]، وَقَدْ تقدمت

(١) عمرو بن شعيب بن محمّد السهمي القرشي، أبو إبراهيم، من بني عمرو بن العاص: من رجال الحديث، كَانَ يسكن مكة وتوفي بالطائف ١١٨هـ.

(٢) رواه النسائي برقم/ ٤٥٣٨/ بلفظ قريب.

(٣) رواه الدارقطني برقم/ ٤٧٠٢/ ، نا محمّد بن يُوسُفَ بن سليمان الخلال، نا الهيثم بن سهل، نا المسيب بن شريك، نا عبيد المكتب، عن عامر، عن مسروق، عن علي قَالَ: قَالَ رسول الله ﷺ: (نسخ الأضحى كل ذبح، وصوم رمضان كل صوم، والغسل من الجنابة كل غسل، والزَّكَاة كل صدقة)، ومن طريق آخر: عن الشعبي، عن مسروق، عن علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رسول الله ﷺ: (نسخت الزَّكَاة كل صدقة فِي الْقُرآن، ونسخ صوم رمضان كل صوم، ونسخ غسل الجنابة كل غسل، ونسخت الأضاحي كل ذبح) برقم/ ٤٧٠٣/ .
ومن طريق آخر: عن الشعبي، عن علي قَالَ: قَالَ رسول الله ﷺ: (محى ذبح الأضاحي كل ذبح كَانَ قبله) برقم/ ٤٧٠١/ . وكذا ذكره البيهقي فِي سننه برقم/ ١٨٧٩٨/

العقيقة كما تقدمت العتيرة وَهِيَ الَّتِي كَانَتْ تُذبح فِي العشر الْأُولَى من رجب، وَلَيْسَ فِيمَا روي أكثر من الجواز.

١٢٢٩- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ التَّعْشِيرُ وَالنَقطَ فِي المُصحَفِ.

لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: (جَرِّدُوا الْقُرْآنَ)[1].

وَفِي رواية: (المصاحف)، والنقط والتعشير يُنافي التجريد، ولأنَّ التعشير أمرٌ غير مفيد إِلَّا التقصير فِي حفظ الْقُرْآن ومعرفته، وَكَذَلِكَ النَقط يبطل الجهاد فِي حفظ الْقُرْآن ومعرفته اعتماداً عَلَى الحفظ.

قَالَ مشايخنا رحمهم الله: هَذَا فِي زمانهم لِأَهْلِ بلدانهم، فأمَّا فِي زماننا لِأَهْلِ بلداننا فالنَقط حسنٌ، وَهُوَ أَمرَ لَا بُدَّ مِنهُ، لِأَنَّهُ لَيسَ فِي وسع العجم معرفة الإعراب مِنْ غَيْرِ دلالة عَلَى ذَلِكَ فيؤدي تركه إِلَى هجران الْقُرْآن والإعراض عن حفظه، وإلى تكليف العجم ما لَيْسَ فِي وسعهم، فَلِذَلِكَ صَارَ حسناً وَقَدْ استحسنه المسلمون من بعدُ، (مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ)[2]، وكفي بالعجز عذراً.

١٢٣٠- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله تَعَالَى، فِي السُّلْطَانِ الكَافِرِ الظَالِمِ

(١) رواه النسائي برقم/ ١٠٧٣٤/، وابن أبي شيبة برقم/ ٨٥٤٧/، وعبد الرزاق برقم/ ٧٩٤٤/، والبيهقي فِي شعب الإيمان برقم/ ٢٦٧١/.

(٢) سبق تخريجه.

الجَائِـرِ يَقُولُ لِرَجُلٍ: لَأَقْتُلَنَّـكَ أَوْ لَتكْفُرَنَّ بِاللهِ. قَالَ: يَسَـعُهُ أَنْ يُظهِرَهُ مِنْ نَفْسِـهِ، يُرِيدُ أَنْ يُظهِرَهُ وَلَا يُضْمِرَهُ بَلْ يَكُونُ قَلْبُـهُ مُطْمَئِناً بِالإِيمَانِ، لِقولَهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

وَقَدْ نزل ذَلِكَ فِي عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ رضي الله عنه حِينَ قَدِمَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ مُنْفَلِتاً مِنْ كُفَّارِ مَكَّةَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: (مَا وَرَاءكَ يَا عَمَّارُ)، قَالَ: شَرٌّ يا رسول الله، مَا تَرَكُونِي حَتَّى نِلْتُ مِنْك، فَقَالَ رسـول الله ﷺ: (فَكَيْفَ تَجِدُ قَلْبَك)، قَالَ: مُطْمَئِنًّا بِالْإِيمَانِ، فَقَالَ ﷺ: (إِنْ عَادُوا، فَعُدْ[١])[٢].

ولأنَّ صيانـة حياة المكره ظاهراً وباطناً أحقُّ مـن صيانة الدين ظاهراً مع أنَّ العَبْـد محتاج إِلَى حقوقه، وصاحب الشـرع وَهُوَ الله ﷻ غنـي عن حقوقه، وهذه رخصةٌ وَلَيْسَتْ بإباحةٍ، إذ الإباحة لَا يبقى مَعَهَا حظرٌ، والرخصة عبارةٌ عن مباشرة المحرّم مع قيام المحرّم.

وَلَهُذا قلنا: إنَّ من صبر عَلَى ذَلِكَ حَتَّى قُتل كَانَ شهيداً، لِأَنَّهُ جاهد فِي توقير حـق الله تَعَالَى فِي الخطر الباقي بدليله، وَقَدْ كَانَ خُبيبٌ رضي الله عنه سـيدَ الشـهداء حين صبر عمَّا فعله عمّار حَتَّى قُتل، [وَهُوَ أول من سنَّ الصَّلَاة عند القتل][٣]، وكان هَذَا عزيمةً[٤]، والإقدام رخصةٌ.

---

(١) يعني إن عادوا إِلَى الإكراه فعد إِلَى طمأنينة القلب بالإيمان. حاشية أ

(٢) رواه البيهقي فِي الكبرى برقم/ ١٧٣٥٠/ ، والحاكم فِي المسـتدرك برقم/ ٣٣٦٢/ وَقَالَ هَذَا حديث صحيح عَلَى شرط الشيخين وَلَمْ يخرجاه.

(٣) فِي ب

(٤) لأنّه لو كَانَ مباحاً لما كَانَ سـيد الشـهداء، كمـا إِذَا أجبر عَلَى القتل إِذَا أكره عَلَى شـرب الخمر. حاشية أ

١٢٣١- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله تَعَالَى، قَالَ: يَأْخُذُ الإِمَامُ أَهْلَ الذِّمَّةِ بِإِظْهَارِ الكُستِيجات[1] وَالرُّكُوبَ عَلَى السُّرُوجِ الَّتِي كَهَيْئَةِ الأُكُفِ.

وأصله أنَّ الله تَعَالَى وصفهم بالصّغار وَهُوَ الذُّل المتناهي.

وَقَالَ: ﴿وَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾ [المنافقون: ٨]، فَلَمْ يكن بدٌّ من إظهار آثار الذل عَلَيْهِم صيانةً لضعفاء المؤمنين الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ الله تَعَالَى: ﴿وَلَوْلَآ أَن يَكُونَ ٱلنَّاسُ أُمَّةً وَٰحِدَةً لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِّن فِضَّةٍ﴾ [الزخرف: ٣٣].

أراد بِهِ صيانةَ الضعفاء، وَقَدْ أجمع المسلمون عَلَى ذَلِكَ فِي كل أَهْل الذِّمَّة بآثارٍ وأعلامٍ مختلفةٍ هِيَ أعلام الكفر وَهِيَ الكُستيجات، وَهِيَ فارسيٌّ معرّبٌ، وحقيقةٌ: العجز والذل بلغة العجم وَذَلِكَ واجبٌ فِي الذمّي أَيْضاً، وأعلاها المراكب، فأُمروا أن يركبوا عَلَى سروجٍ كالأكُف وَهُوَ أَنْ يَكُونَ قُبالتها مركبة بِمَا يشبه الرمَّانة وَلَا يُتركون ليتجملوا بِهَا.

قَالَ مشايخنا رحمهم الله: الأحق أن لَا يتركوا أن يركبوا إِلَّا عند الضرورة خصوصاً فِي أسواق الْمُسْلِمِينَ ومجامع طرقهم، فَإِذَا جاءت الضرورة فلينزلوا فِي مجامع الْمُسْلِمِينَ، فإن لزمت الضرورة أُمروا باتخاذ السروج كهيئة الأُكُف عَلَى ما قلنا.

أَلَا تَرَى أَنَّ ركوب النِّسَاء عَلَى السروج مكروهٌ مع إسلامهن لأَنهنَّ مخبآت لَا حظ لهنَّ من مباشرة الجهاد.

---

(١) الكستيجة: خيط غليظ يشده الذمي فَوْق ثيابه دون الزنار.

والسروج وضعت للجهاد فلأن يمنع [عَنْهَا][1] الكفار أولى.

وَلَهُـذا أحببنا أن ينوي الرجلُ فِي ركوب السـروج الجهـاد، وإِنْ كَانَ يتزين بِذَلِـكَ، وَلَيْسَ كل جهادٍ مسـايفةً ومطاعنةً، وَإِذا وَجَبَ هَـذَا كَانَ اللباس كله مثل ذَلِكَ يُمنعون مِمَّا يختص بِهِ أَهْل العلم والشـرف والسؤدد وَأَهْل الزهد من اللباس تعظيمـاً للديـن الحق وأهله، وَعَلَى هَذَا امَرَ الْمُسْـلِمِينَ فِي عامـة الأمصار وَذَلِكَ طريقة أئمة الهدى فِي معاملة أَهْل الذِّمَّة.

١٢٣٢- مَسْأَلَةٌ

مُحَمَّـدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ تَعَالَى، قَالَ: الجِهادُ وَاجِبٌ إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سَعَةٍ حَتَّى يُحْتَاجَ إِليهِمْ.

دليل ذَلِكَ قولَهُ تَعَالَى: ﴿وَقَـٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٣]، أي شركٌ.

وَقَـالَ النَّبـيُّ ﷺ: (أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِـلَ النَّاسَ حَتَّـى يَقُولُوا: لَا إِلَـهَ إِلَّا اللهُ)[2] الحديث.

وَقَالَ أَيْضاً: (الْجِهَادُ مَاضٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ)[3].

---

(١) فِي ب

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) الحديـث بتمامه (عـنْ أنسِ بنِ مالكٍ قالَ: قالَ رسـولُ اللهِ ﷺ: (ثَلَاثَة منْ أصلِ الإيمانِ: الكـفُّ عمّنْ قـالَ لَا إلهَ إِلَّا اللهُ ولَا تكفّرهُ بذنبٍ ولَا تخرجهُ منَ الْإِسْـلَامِ بعملٍ، والجهادُ مـاضٍ منـذُ بعثنيَ اللهُ إِلَى أنْ يقاتلَ آخرُ أمّتي الدّجّـالَ لَا يبطلهُ جورُ جائرٍ ولَا عدلُ عادلٍ، والإيمـانُ بالأقـدارِ). رواه أبـو داود برقم/ ٢٥٣٤/ واللفـظ لَـهُ، والبيهقي فِـي الكبرى برقم/ ١٨٩٤٧/ ، وأبو يعلى برقم/ ٤٣١١/ .

وَقَالَ: (آخِرُ عِصَابَةٍ مِنْ أُمَّتِي يُقَاتِلُونَ الدَّجَّالَ)[1]، وَهُوَ لإعلاء الدين، وَذَلِكَ فرضٌ، فَكَذَلِكَ ما شرع لَهُ.

وقولَهُ: (إِلَّا أَنَّ الْمُسْلِمِينَ فِي سعة) أي هُوَ فرض كفاية ينادى بالبعض، لأَنَّا لو كلفنا الكل لانقطع أصله بانقطاع مادته وينتقض أصله بفرعه، وَذَلِكَ باطلٌ فِي أحكام الشرع ولأَنَّ المقصود بِهِ إِذَا حصل لَمْ يبق فرضاً لعدمه حَتَّى يحتاج إليهم، وَذَلِكَ أن يعمّ النفير فيخاف عَلَى بيضة الْمُسْلِمِينَ وحريمهم فيُفترض عَلَى كافتهم الدفع عن بيضة الْإِسْلَام، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يحصل ببعضهم، فيصير من فروض الأعيان، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٤١]، نزلت الآية فِي النفير.

وذكر الفرق بين الغلة والثمرة عَلَى ما قلنا.

والجملة الَّتِي قبل هَذِهِ من الخواص.

وَقَالَ لَا يَجُوزُ الْوَصِيَّة لِأَهْلِ الحرب لِأَنَّ الله تَعَالَى نهانا عن برهم فَقَالَ: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩].

ونهى النَّبي ﷺ عن رِفْدِ المشركين، والحديث يحتمل الإعطاء كما يحتمل الأخذ، والمراد بِهِ غير عطاء المستأمنين، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

❁ ❁ ❁

(١) انظر التخريج السابق.

عدد مسائل هَذَا الْكِتَاب ألفٌ وخمسمائة واثنان وثلاثون[1]، وذَكَرَ الاختلاف فِي مائة واثنين وسبعين مسألة، وَلَمْ يذكر القياس والاستحسان إِلَّا فِي مسألتين.

(١) عند مقارنة أعداد المسائل الذي ذكرها هنا بتعدادنا للمسائل لا نجد تطابقاً بالعدد، والفرق ثلاثمائة مسألة بالضبط وهذا يجعلنا نتسائل ونضع احتمالين:
- إما أن لفظ خمسمائة سهو والصحيح مئتين.
- وإما أن بعض المسائل عبارة عن قسمين ومن عدها لم يبوبها واعتبرها مسألتين، وعنونهما بلفظ (مسألة).

خاتمة نسخة [أ]:

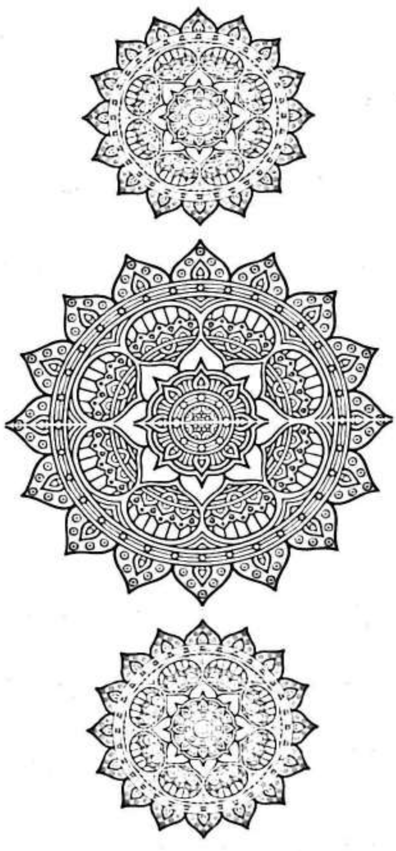
وقع الفراغ من نسـخه عَلَـى يدي العَبْد الضعيـف الراجي رحمة ربه اللطيف محمَّد بن نجيب بن عمر الملقب برهان، وقت الضحوة فِي سـلخ ذي القعدة من سـنة اثني وخمسين وسـتمائة فِي المدرسة الكمالية فِي بلدة بخارى حماها الله تَعَالَى من الآفات والعاهات.

ختم وقف شـيخ الْإِسْلَام السـيد فيض الله أفندي غفر الله لَهُ ولوالديه بشرط أن لَا يخرج من المدرسة الَّتِي أنشأها فِي القسطنطنية سنة/ ١١١٣هـ/.

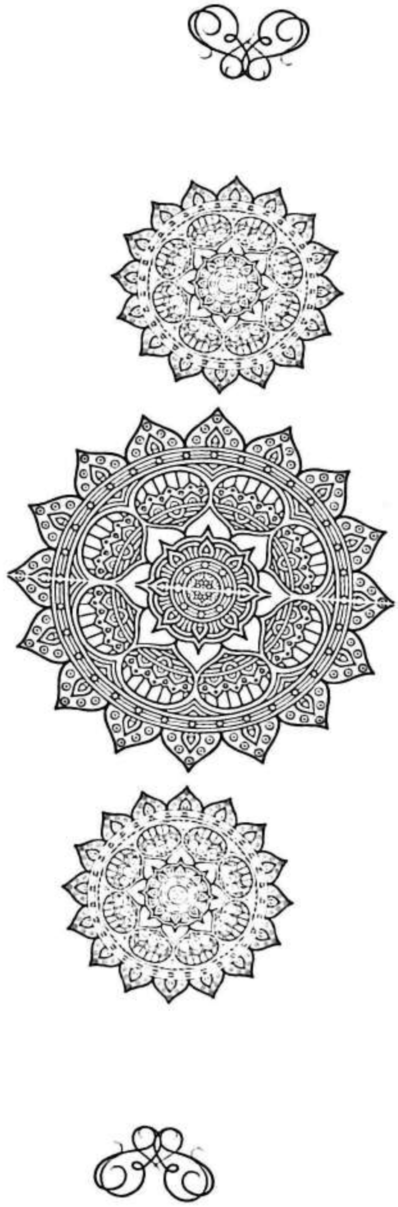
خاتمة نسخة [ب]:

تم الْكِتَاب بعون الملك الوهاب، وإليه المرجع والمآب، وقع الفراغ من تحريره يومَ الخميس من عِشْرِينَ شعبان قبل صَلَاة الْفَجْر عَلَى يد العَبْد الضعيف النحيف الراجي خير الدين بن خواجة، سنة إحدى وخمسين وتسعمائة.

الختم: وقف هَذَا الْكِتَاب الحاج مصطفى عاطف أن لَا يخرج من خزانته عام/ ١١٥٣/



الفهارس الفنية



فهرس بأسماء المراجع

صحيح البخاري	محمد بن إسماعيل البخاري
صحيح مسلم	مسلم بن الحجاج النيسابوري
السنن الكبرى	أحمد بن شعيب النسائي
سنن أبي داود	أبو داود السجستاني
سنن الترمذي (الجامع الكبير)	أبو عيسى الترمذي
سنن ابن ماجه	محمد بن ماجه
صحيح ابن خزيمة	أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة
صحيح ابن حبان	محمد بن حبان
سنن الدارمي	عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي
سنن الدارقطني	أبو الحسن الدارقطني
السنن الكبرى	أبو بكر البيهقي
السنن الصَّغِير (سنن البيهقي الصغرى)	أبو بكر البيهقي
شعب الإيمان	أبو بكر البيهقي
المعجم الكبير	أبو القاسم الطبراني
المعجم الأوسط	أبو القاسم الطبراني
المعجم الصَّغِير	أبو القاسم الطبري
مصنف عبد الرزاق	عبد الرزاق بن همام الصنعاني
مصنف ابن أبي شيبة	أبو بكر بن أبي شيبة

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد	الهيثمي
نصب الراية لأحاديث الهداية	الزيلعي
تأويل مختلف الحديث	عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري
طبقات الفقهاء	أبو إسحاق الشيرازي
الفتوحات المكية	محي الدين بن العربي
ميزان الاعتدال فِي نقد الرِّجَال	شمس الدين الذهبي
سير أعلام النبلاء	شمس الدين الذهبي
الوافي بالوفيات	خليل بن أيبك الصفدي
تاج التراجم	قاسم بن قطلوبغا
الجواهر المضية فِي طبقات الحنفية	القرشي
الطبقات السنية فِي تراجم الحنفية	تاج الدين الغزي
تاريخ بغداد	الخطيب البغدادي
العلل	أحمد بن حنبل
الثقات	محمد بن حبان
الفوائد البهية فِي تراجم الحنفية	أبو الحسنات اللكنوي
حلية الأولياء وطبقات الأصفياء	أبو نعيم الأصفهاني
الزهد	ابن أبي عاصم بن خلاد الشيباني
مسند أَبِي حَنِيفَةَ	الإمام أَبِي حَنِيفَةَ النعمان
الآثار	القَاضِي أَبُو يُوسُفَ
الأموال	القاسم بن سلام الهروي البغدادي

الأموال	ابن زنجويه
مستخرج أبي عوانة	أبو عوانة الإسفرائيني
تاريخ دمشق	ابن عساكر
معجم الشيوخ	ابن عساكر
طبقات العلماء الشافعيين	إسماعيل بن كثير الدمشقي
الجوهرة فِي نسب النبي وأصحابه العشرة	البري
معجم ابن المقرئ	أبو بكر محمد بن إبراهيم المشهور بابن المقرئ
معرفة الصحابة	أبو نعيم الأصبهاني
مشكل الآثار	أبو جعفر المعروف بالطحاوي
شرح معاني الآثار	أبو جعفر الطحاوي
طبقات الشافعية الكبرى	تاج الدين بن تقي الدين السبكي
فوائد تمام	أبو القاسم تمام محمد بن عبد الله
أخلاق النبي وآدابه ﷺ	أبو محمد عبد الله بن محمد المعروف بأبي الشيخ
الهداية فِي شرح بداية المبتدي	برهان الدين المرغيناني
الاختيار لتعليل المختار	عبد الله بن مودود الموصلي
البناية شرح الهداية	بدر الدين العيني
فتح القدير عَلَى الهداية	الكمال بن الهمام
منية المصلي وغنية المبتدي	سديد الدين الكاشغري
كشف الأسرار شرح أصول البزدوي	عبد العزيز البخاري

شرح المنار	زين الدين عبد الرحمن بن العيني
تنوير الأبصار وجامع البحار	محمد بن عبد الله خطيب التمرتاشي
اللباب شرح الْكِتَاب	عبد الغني الغنيمي
الدر المختار شرح تنوير الأبصار	علاء الدين الحصكفي
رد المحتار عَلَى الدر المختار	ابن عابدين الدمشقي
الدرر المباحة فِي الحظر والإباحة	خليل بن عبد القادر الشيباني النحلاوي
مراقي الفلاح	الحسن بن عمار الشرنبلالي
حاشية الطحطاوي عَلَى مراقي الفلاح	الطحطاوي
تفسير الْقُرْآن من الجامع لابن وهب	عبد الله بن وهب بن مسلم المصري القرشي
بحر العلوم (تفسير السمرقندي)	السمرقندي
فضائل الْقُرْآن	القاسم بن سلام الهروي البغدادي
تاج اللغة وصحاح العربية	أبو نصر إسماعيل الجوهري الفارابي
مختار الصحاح	محمد بن أبي بكر الرازي
معجم البلدان	ياقوت الحموي
بلوغ الأماني فِي سيرة الشيباني	زاهد الكوثري

فهرس الآيات

الآية	السُورَة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾	البقرة	١٩٦	٤٣٩
﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ﴾	البقرة	١٩٧	٥٠٨
﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ﴾	البقرة	٢٠٣	٢٤٢
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾	البقرة	٢١٩	٣/٣٥٩
﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾	البقرة	٢٢٦	٢/١٤
﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾	البقرة	٢٢٩	٢/١٨٣
﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	البقرة	٢٣٣	٣/٢٩
﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾	البقرة	٢٣٣	٣/٢٩
﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ﴾	البقرة	٢٣٣	٢/٤٤
﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾	البقرة	٢٣٣	٣/١٢٢
﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾	البقرة	٢٣٤	٢/٣٣
﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾	البقرة	٢٣٧	٢/١٩٣
﴿وَلَسْتُم بِآخِذِيهِ إِلَّا أَن تُغْمِضُوا فِيهِ﴾	البقرة	٢٦٧	٢/٢٤٠
﴿وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾	البقرة	٢٧١	٣٧٥
﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾	البقرة	٢٨٠	٣/١٢

الآية	السُّورَة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ﴾	البقرة	٢٨١	١٥٥
﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾	البقرة	٢٨٢	٣/ ٥٩
﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾	البقرة	٢٨٣	٣/ ٤١٥
﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾	آل عمران	٨٥	٢/ ١٦٤
﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾	النِّسَاء	٣	٢/ ١٣٠
﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾	النِّسَاء	٥	٣/ ٥٢
﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾	النِّسَاء	١٢	٣/ ٤١
﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾	النِّسَاء	٢٠	٢/ ١٨٣
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾	النِّسَاء	٢٣	٣/ ٣٤٦
﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾	النِّسَاء	٢٣	٣/ ٣٤٧
﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾	النِّسَاء	٣٤	٢/ ٦٣
﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَاء فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾	النِّسَاء	٤٣	١٣٩
﴿حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾	النِّسَاء	٤٣	٢/ ٨٦
﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾	النِّسَاء	٥٦	٢/ ١٦٥
﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾	النِّسَاء	٥٩	٣/ ٧٠
﴿حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَنْ يُقَاتِلُوكُمْ﴾	النِّسَاء	٩٠	٣/ ٢٥٦

الآية	السُّورَة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَة﴾	النِّسَاء	٩٢	٣/٤٦٩
﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ﴾	النِّسَاء	١٠٠	٢/٢٣٢
﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾	النِّسَاء	١٢٨	٣/٢٦
﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ﴾	النِّسَاء	١٢٩	٢/٢٤٦
﴿لَا يُحِبُّ اللهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ﴾	النِّسَاء	١٤٨	٣٨٨
﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾	المائدة	٢	٣/٤٠١
﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾	المائدة	٢	٢/٣٩٧
﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ﴾	المائدة	٣	٣/٣٢١
﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾	المائدة	٤	٣/٥٨٥
﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾	المائدة	٤	٣/٥٨٣
﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾	المائدة	٤	٣/٥٨٤
﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ﴾	المائدة	٣٣	٢٦٠
﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾	المائدة	٣٣	٢/٣٤٨
﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾	المائدة	٣٤	٢/٣٤٩
﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾	المائدة	٣٨	٢/٣٤٤
﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ﴾	المائدة	٤٥	٣/٥٢١

الآية	السُّورَة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿وَمَا كَانَ اسْتِغْفَارُ إِبْرَاهِيمَ لِأَبِيهِ إِلَّا عَنْ مَوْعِدَةٍ وَعَدَهَا إِيَّاهُ فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ عَدُوٌّ للهِ تَبَرَّأَ مِنْه﴾	التوبة	١١٤	٢/٤٠٦
﴿وَلَا يَطَئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ﴾	التوبة	١٢٠	٢/٣٩٣
﴿حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ﴾	يونس	٢٢	٤٢٩
﴿وَاجْعَلُوا بُيُوتَكُمْ قِبْلَةً وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾	يونس	٨٧	٢٣٦
﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ لَحَلِيمٌ أَوَّاهٌ مُنِيب﴾	هود	٧	١٥٧
﴿وَهِيَ تَجْرِي بِهِمْ فِي مَوْجٍ كَالْجِبَالِ﴾	هود	٤٢	٢/١٨٢
﴿إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي﴾	هود	٤٥	٢/٣٠٧
﴿إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾	يُوسُفَ	٢	٢١٣
﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	يُوسُفَ	٧٢	٢/٥٦٦
﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾	يُوسُفَ	١٠٠	٢/٣٠٧
﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾	إبراهيم	٢٥	٢/٢٦٧
﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ﴾	الحجر	٧٢	٢/٢٤٦
﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾	النحل	٨	٣/٣٤٣
﴿وَتَسْتَخْرِجُوا مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾	النحل	١٤	٢/٢٤٨
﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾	النحل	٦٧	٣/٤٠١
﴿وَمِنْ أَصْوَافِهَا وَأَوْبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَاثًا وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ﴾	النحل	٨٠	٢/٥٠١

الآية	السُّورَة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَان﴾	النحل	١٠٦	٥٠٦/٣
﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾	الكهف	١٩	٣٣٦/٣
﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ﴾	الكهف	٧٩	٣٧٤
﴿فَمَا اسْطَاعُوا أَنْ يَظْهَرُوهُ وَمَا اسْتَطَاعُوا لَهُ نَقْبًا﴾	الكهف	٩٧	٢٤٦/٢
﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾	مريم	٥	٥١٨/٣
﴿مَا دُمتُ حَيًا﴾	مريم	٣١	١٠٤/٢
﴿اذْهَبَا إِلَى فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَى فَقُولَا﴾	طه	٤٣-٤٤	٢٣٢/٢
﴿فَأْتِيَاهُ فَقُولَا إِنَّا رَسُولَا رَبِّكَ﴾	طه	٤٧	٢٣٢/٢
﴿مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ﴾	الأنبياء	٥٢	٣٥٨/٣
﴿وَلَهُمْ مَقَامِعُ مِنْ حَدِيدٍ﴾	الحج	٢١	٤٥١/٣
﴿يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا﴾	الحج	٢٣	٢٤٨/٢
﴿وَلِبَاسُهُمْ فِيهَا حَرِيرٌ﴾	الحج	٢٣	٣٧٨/٣
﴿سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَاد﴾	الحج	٢٥	٣٨٢/٣
﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾	الحج	٢٩	٤١٩
﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾	الحج	٣٦	٢١٥
﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾	الحج	٣٦	٢٤٠
﴿فَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾	الحج	٣٦	٢٢٢/٣

الآية	السُورَة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ﴾	الأحزاب	٣٢	١٩٩
﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾	الأحزاب	٣٣	٣٩/٢
﴿لِيُذْهِبَ عَنكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ﴾	الأحزاب	٣٣	٢٣٢/٢
﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ﴾	الأحزاب	٥٢	٥٣٤/٣
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾	الأحزاب	٥٦	٢٠٦
﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَن يُعرَفنَ فَلَا يُؤذَينَ﴾	الأحزاب	٥٩	٣٣٩/٣
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾	الأحزاب	٧٠	١٥٥
﴿تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾	فاطر	١٢	٢٦٢/٢
﴿وَمَا أَنْتَ بِمُسْمِعٍ مَنْ فِي الْقُبُورِ إِنْ أَنْتَ إِلَّا نَذِيرٌ﴾	فاطر	٢٢-٢٣	٢٣١/٢
﴿إِنَّا جَعَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا﴾	الزخرف	٣	٢١٣
﴿وَلَوْلَا أَنْ يَكُونَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَٰنِ لِبُيُوتِهِمْ سُقُفًا مِنْ فِضَّةٍ﴾	الزخرف	٣٣	٥٩٥/٣
﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا وَاسْتَمْتَعْتُمْ بِهَا﴾	الأحقاف	٢٠	٣٧٦/٣
﴿إِلَى قَوْمٍ أُولِي بَأْسٍ شَدِيدٍ تُقَاتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾	الفتح	١٦	٣٥٧/٢
﴿وَالْهَدْيَ مَعْكُوفًا أَنْ يَبْلُغَ مَحِلَّهُ﴾	الفتح	٢٥	٤٢٥
﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُوم﴾	الذاريات	١٩	٤١/٣
﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَٰمٍ عَلِيم﴾	الذاريات	٢٨	٢٤٩/٢
﴿يَطُوفُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ حَمِيمٍ آنٍ﴾	الرحمن	٤٤	٤٥٧/٣

الآية	السُّورَة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَنَخْلٌ وَرُمَّانٌ﴾	الرحمن	٦٨	٢/ ٢٦٢
﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾	الواقعة	٧٩	٣١١
﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾	الحديد	٢٥	٣/ ٤٥١
﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾	المجادلة	٣	٣/ ٣٤٥
﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾	المجادلة	٣	٣/ ٣٦١
﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسكِينا﴾	المجادلة	٤	٣٤١
﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾	الحشر	١٠	٣/ ٣٠٩
﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾	الممتحنة	٨	٣/ ٣٤٨
﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّين﴾	الممتحنة	٩	٣/ ٥٩٧
﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللهِ شَيْئًا﴾	الممتحنة	١٢	٢/ ١٠٠
﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾	الْجُمُعَة	٩	٢/ ٢٥٣
﴿فَٱسعَوا إِلَىٰ ذِكرِ ٱللهِ﴾	الجمعة	٩	٢٠٠
﴿وَتَرَكُوكَ قَائِمًا﴾	الْجُمُعَة	١١	٢٧٠
﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾	المنافقون	٤	٢/ ١٠٥
﴿وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ﴾	المنافقون	٨	٣/ ٥٩٥
﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾	الطلاق	١	٢/ ٣٢

فهارس الرجال

فهرس بمراجع الإمام البزدوي

الأمالي	أبو يوسف القاضي
الأصل	محمد بن الحسن الشيباني
الجامع الكبير	محمد بن الحسن الشيباني
الآثار	محمد بن الحسن الشيباني
السير الكبير	محمد بن الحسن الشيباني
المقالات	الحسن بن زياد
شرح الجامع الصغير	أبو منصور الماتريدي
شرح الجامع الصغير	أبو الحسن الكرخي
الأمالي	بشر المريسي
نوادر هشام	هشام
نوادر أبي سليمان	أبو سليمان
أدب القاضي	أبو بكر الخصاف
شرح الآثار	أبو جعفر الطحاوي
التجهيز	أبو بكر الجصاص
التقريب	أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري
الحظر والإباحة	أبو عاصم العامري
مسائل الشيخ أبي حفص	أبو حفص البخاري
دون ذكر كتاب	شمس الأئمة الحلواني
دون ذكر كتاب	أبو جعفر الهندواني

فهرس بأسماء الكتب التي ذكرت في المقدمة

الأمالي	أبو يوسف القاضي
الأصل	محمد بن الحسن الشيباني
الجامع الكبير	محمد بن الحسن الشيباني
الجامع الصغير	محمد بن الحسن الشيباني
الآثار	محمد بن الحسن الشيباني
السير الكبير	محمد بن الحسن الشيباني
المقالات	الحسن بن زياد
شرح الجامع الصغير	أبو منصور الماتريدي
شرح الجامع الصغير	شمس الأئمة الحلواني
شرح الجامع الصغير	أبو الحسن الكرخي
شرح الجامع الصغير	السرخسي
شرح الجامع الصغير	أبو الليث نصر بن محمد السمرقندي
شرح الجامع الصغير	حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه
شرح الجامع الكبير	حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه
شرح الجامع الصغير	أبو جعفر الهندواني
المبسوط	السرخسي
الأمالي	بشر
نوادر هشام	هشام

نوادر أبي سليمان	أبو سليمان
أدب القاضي	الخصاف
شرح الآثار	أبو بكر الطحاوي
التجهيز	الجصاص
التقريب	أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري
الحظر والإباحة	أبو عاصم العامري
مسائل الشيخ أبي حفص	أبو حفص البخاري

المحتويات